

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE  
JUSTIÇA N.º 14/2014

Acordam em conferência no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça:

ARTUR FERNANDO PINTO LEITE, PEDRO JORGE PINTO LEITE E DINA MARIA DINIS ALVO DA SILVA, interpuseram recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Ac. da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, transitado em julgado, proferido no Proc. n.º 171/12.3TAFLG.G1, em que se decidiu, após revogação do despacho da M.<sup>a</sup> JIC, desobediência, p. e p. pelo art. 348.º, n.º 1, b), do CPP, por, em inquérito, sob o n.º 220/10. O TAFLG, por crime de falsificação de documento, se terem recusado a participar na diligência de prova de recolha de autógrafos, ordenada pelo M. P., que os advertiu da prática daquele crime, em caso daquela recusa.

Em oposição com este mostra-se o Ac. da Rel. Porto, de 28.7.2009, proferido no Proc. n.º 0816480, também transitado em julgado, onde se sentenciou que num inquérito por crime de falsificação de documento é ilegítima a ordem emanada do M.P. no sentido de o arguido escrever pelo seu próprio punho determinadas palavras para posterior perícia à letra, com a cominação de, não o fazendo, incorrer em crime de desobediência.

Decidida com trânsito, neste STJ, a oposição de julgados, que se mantém, o recurso prosseguiu seus regulares termos, alegando,

---

(\*) Rec. n.º 171/12.3taflg.g1 — A.S1. Diário da República n.º 203/2014, Série I de 2014-10-21.

na sequência, o Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral-Adjunto neste STJ e os recorrentes, de cujas conclusões consta:

1.º — Artur Fernando Pinto Leite, Pedro Jorge Pinto Leite e Dina Maria Dinis Alvo da Silva arguidos no processo n.º 171/12.3 TAFLG.G1, cujo recurso correu termos na Secção Penal do TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, não podendo conformar-se com o Acórdão de fls. daqueles autos, proferido, em conferência, por aquele Tribunal, que julgou procedente o recurso interposto pelo Ministério Público que teve por objecto a decisão instrutória proferida pela Exma. Juiz de Instrução Criminal, do 3.º Juízo, do Tribunal Judicial de Felgueiras, e por conseguinte revogou o despacho de não pronúncia anteriormente proferido, promovendo a sua substituição por outro que, dessa feita, pronunciou os arguidos pelos factos constantes da acusação, interpuseram e prosseguiu RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA para o VENERANDO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, porquanto do mesmo Acórdão, proferido a 1 de Julho de 2013, não é admissível recurso ordinário e encontra-se em manifesta oposição — no domínio da mesma legislação, sobre a mesma questão fundamental de direito — com outro proferido pela Venerável Relação do Porto, no âmbito do processo n.º 6480/08-1, datado de 28 de Janeiro de 2009, publicado em <www.dgsi.pt> (N.º Convencional JTRP00042100), transitado em julgado, não existindo jurisprudência fixada por este Venerando Tribunal, da orientação perfilhada no Acórdão ora em crise.

2.º — Pugnou o acórdão de que se recorre — proferido pelo Tribunal da Relação de Guimarães — pela tese de que devem os recorrentes ser pronunciados pelo crime de desobediência, p. e p, pelo art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP, por, em inquérito por crime de falsificação de documento, terem recusado participar na diligência de prova de recolha de autógrafos ordenada pelo M.P.

3.º — Entendeu o Tribunal da Relação de Guimarães que a ordem emanada pelo Ministério Público — órgão central da fase de inquérito no processo penal — é legítima. Tomando, assim, como ilegítima, a recusa protagonizada pelos recorrentes, comi-

nando-a, conseqüentemente, na prática de um crime de desobediência p. e p. pelo art. 348.º, n.º 1, al. b), do CP.

4.º — A decisão recorrida interpretou e aplicou erradamente os arts. 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º, 9 al. d), os arts. 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P. e o art. 348.º do C.P.

5.º — Julgou o Venerável Tribunal da Relação do Porto no acórdão fundamento, em sentido oposto, decidindo que “Num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo magistrado do Ministério Público ao arguido no sentido de escrever pelo seu punho determinadas palavras, com vista a posterior perícia à letra com a cominação de que, não o fazendo, comete um crime de desobediência”.

6.º — Nesse sentido, decidiu aquele tribunal que, nestes casos, a ordem emanada pelo M.P, é ilegítima e bem assim a cominação decorrente da recusa daquela.

7.º — A decisão fundamento do presente, interpretou e aplicou correctamente os mesmos arts. 60.º e 61.º, n.º 1, al. d), e n.º 3, al. d), arts. 171.º a 173.º e 125.º e 126.º, todos do C.P.P, art. 348.º do C.P.

8.º — As diligências de prova a que o arguido se encontra obrigado são apenas aquelas que se encontram especificadas na lei, conforme previsto nos arts. 60.º e 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal, e das quais não resulta a recolha de autógrafos.

9.º — Se o arguido não é obrigado à recolha, não poderá ser sancionado, muito menos acusado, pela prática de um crime de desobediência, quando recusa a feitura da mesma.

10.º — Ainda que se entenda que a recolha de autógrafos, apesar de não especificada, se enquadra no art. 61.º, n.º 3, al. d), do C.P.P., assim como qualquer outra diligência de prova não especificada, não pode a mesma ter por finalidade a extorsão de declarações ou de quaisquer actos processuais que não sejam expressão da vontade livre do arguido, sob pena da violação, entre outros, do art. 61.º, n.º 1, al. d), do C.P.P.

11.º — Ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação (*nemo tenetur*), através do exercício do direito ao silêncio ou do direito a não facultar meios de prova.

12.º — A acusação no processo criminal deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos opressivos com desrespeito pela vontade deste.

13.º — A cominação em análise (em crime de desobediência a recusa na participação em diligência de prova de recolha de autógrafos) invade, sem dúvida, o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva e encontra-se bem longe dos exames, revistas, aca-reações ou reconhecimentos, admissíveis mesmo se coactivamente impostos.

14.º — No caso concreto, era exigido aos recorrentes um comportamento preciso, uma acção específica, tal procedimento contende, efectivamente, com o seu direito à não auto-incriminação.

15.º — Pelo que é ilícito impor aos arguidos, em abstracto, a realização duma conduta probatória para a qual a lei não realizou previsão específica, porquanto aquela conduta ordenada pelo M.P. (a realização de autógrafos) depende exclusivamente da vontade e liberdade daqueles, configurando a imposição uma violação do princípio *nemo tenetur*.

16.º — Mais apresenta-se também como violadora daquele princípio a cominação de que o não acatamento daquela ordem os constituiria, como constituiu, autores de um crime de desobediência.

17.º — Pelo que, por maioria de razão, será lícita a recusa que deu origem quer aos autos do acórdão fundamento quer aos do acórdão recorrido, porquanto a ordem de recolha de autógrafos tem a mesma natureza que a prestação de declarações, como tal, os arguidos têm o direito de se recusar a cumpri-la, nos mesmos moldes e com as mesmas razões que lhe permitem eximir-se a responder a perguntas sobre a matéria de acusação, sem que, com tal atitude, cometam um crime de desobediência.

18.º — Assim, deve ser fixada jurisprudência pelo STJ no sentido de que «NUM INQUÉRITO POR CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO, É ILEGÍTIMA A ORDEM DADA PELO MAGISTRADO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ARGUIDO NO SENTIDO DE ESCREVER PELO SEU PUNHO DETERMINADAS PALAVRAS, COM VISTA A POSTERIOR PERÍCIA À LETRA COM A COMINAÇÃO DE QUE, NÃO O FAZENDO, COMETE UM CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.» e

resolvido o conflito no sentido da prevalência da doutrina do acórdão fundamento.

Concluindo no seu parecer, o Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral Adjunto, neste STJ, ao abrigo do art. 442.º, n.º 2, do CPP, disse:

1 — Em Inquérito tendo em vista a investigação do crime de falsificação de documento, a ordem dada ao arguido para recolha coerciva de autógrafos tem de ser ponderada à luz do seu direito de defesa, constitucionalmente tutelado (art. 32.º da CRP), bem como do respeito pela sua dignidade pessoal, reflectido no preceito contido no art. 61.º, n.º 3/d) do CPP e tendo designadamente em conta a sua repercussão no exercício do direito à não auto-incriminação, direito este que lhe é conferido como corolário lógico do princípio da presunção de inocência e do direito ao silêncio.

2 — A controvérsia sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova — quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova —, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP).

3 — O acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria escrita.

4 — Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração, *ex novo* — porque ao tempo inexistente —, de um documento, feito com a colaboração activa do arguido e, se não consentido, contra a vontade deste.

5 — Por outro lado, para além de esse acto de recolha não constituir em si mesmo uma perícia, mas apenas um acto preparatório, de recolha/colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, a colaboração activa do arguido é determinante para que, no respectivo processo, se disponha de elementos

capazes de servir de base a essa perícia, sendo que esta, se desfavorável ao arguido, poderá vir a se usada contra si como meio de prova.

6 — Não pode por isso deixar de concluir-se, neste quadro, que a colaboração activa imposta ao arguido tendo em vista a obtenção, “*ex novo*”, de elementos que não existam independentemente da sua vontade — a produção pelo seu punho de amostras de escrita manual — colide com o seu direito à não auto-incriminação.

7 — O Tribunal Constitucional (TC), em sintonia aliás com a linha de orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), vem firmando jurisprudência no sentido de que o direito ao silêncio comporta o direito de o arguido não prestar declarações e de não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, salvo se permitidos por lei que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, tudo nos termos pressupostos pelos arts. 18, n.º 2, 25.º e 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP, e desde que não fira de forma desproporcional ou intolerável os seus direitos e garantias de defesa. O que vale por dizer que só não ocorre a violação do direito de não auto-incriminação quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, desde que previstas em lei prévia à prática dos factos.

8 — Ora, e ao contrário do que sucede por exemplo com a obrigatoriedade de submissão a exames de alcoolemia ou de pesquisa de substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, tal como de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, normativamente previstas (arts. 152.º e 153.º do Código da Estrada e 6.º da Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto), nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe qualquer disposição legal expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita e, assim, imponha ao arguido a obrigação de para esse efeito se sujeitar ao dever de prestação de autógrafos.

9 — A conjugação do complexo normativo decorrente dos arts. 60.º, 61.º, n.º 3/d) e 172.º, n.º 1, todos do CPP, pressupõe que

o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles se não pode, evidentemente, retirar o dever ou a especificação que nos mesmos está subentendida. Como diz o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 155/2007, a tentativa de extrair daqueles preceitos do CPP a norma de habilitação para a realização dos exames que agora estão em causa assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar. Dito de outra forma: o art. 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que prescreve a possibilidade de realização coactiva dos exames que sejam devidos (i.e., que a autoridade judiciária competente possa determinar e, conseqüentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupõe — mas não permite fundamentar — o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame. E o mesmo acontece com o art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), quando estatui que recai especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei.

10 — Nos termos e para os efeitos da previsão típica cominada no art. 348.º, n.º 1, do Código Penal, a obediência *devida* a uma ordem pressupõe que a mesma seja *legítima*, isto é, que não contrarie o ordenamento jurídico no seu todo.

11 — Inexistindo no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido em processo penal do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir-se pela *ilegitimidade da ordem* que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido. Nesse caso o arguido não faltou à obediência *devida* que a ordem pressupõe.

12 — De resto, sendo único desiderato da diligência em causa a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que é, no caso, a de sustentar uma perícia que, em termos de prova, dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um maior ou menor grau de certeza.

13 — Só que o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz-se inexoravelmente numa prestação *pessoal*, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. Pelo

que em caso de recusa, não sendo possível aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da respectiva recolha, segue-se que se não vislumbra que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. E, como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

14 — Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

15 — Ademais, a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo o legislador ignorar, como é evidente, o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa, cominando a respectiva recusa com o crime de desobediência qualificada.

\*\*\*

Propõe-se, pois, que o Conflito de Jurisprudência existente entre os acórdãos da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, proferido pela respectiva Secção Penal no Processo n.º 171/12.3 taflg.G1, e da Relação do Porto, de 28 de Janeiro de 2009, proferido pela 1.ª Secção no âmbito do Processo n.º 6480/08 — 1.ª, seja resolvido nos seguintes termos:

«Em inquérito em cujo âmbito se investigue a prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para produzir autógrafos com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, não integra a prática do crime de desobediência, da previsão da alínea *b*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal,



mesmo que lhe tenha sido feita a correspondente cominação ali prevista».

O teor da argumentação dos acórdãos em confronto:

**Sobre o acórdão recorrido:**

O Ac. do STJ, de 10.1.2005, disponível em <<http://www.dgsi.pt/stj>>, entende que o direito ao silêncio do arguido, abrange, apenas, o interrogatório substancial do mérito, ou seja a factualidade integradora da acusação e as declarações sobre ela prestadas e a questão da culpabilidade, que comporta excepções como a resultante da al. d) do n.º 3 do art. 61.º, do CPP, e o dever de responder com verdade às perguntas feitas pela entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais.

São visíveis na doutrina duas concepções sobre o direito ao silêncio, uma de extensão minimalista, restringindo o silêncio à prova por declarações e sobre os factos imputados e outra, de âmbito maximalista, defendendo que o arguido se não acha obrigado a fornecer prova por declarações, proibição extensiva à prova documental ou qualquer outra.

Segundo LARA SOFIA PINTO, in *Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido — Prova Criminal e Direito de Defesa*, Almedina, 119, o direito ao silêncio, distinto do direito à não auto-incriminação, componentes do princípio “*nemo tenetur se accusare*”, não são absolutos, são passíveis de restrições, à luz daquelas concepções.

Haveria que distinguir, na visão maximalista, entre a não sujeição a provas que impliquem um comportamento activo, caso das declarações, entrega de documentos, etc, de participação auto-incriminatória do arguido, e a participação que importe um comportamento passivo, de sujeição do arguido a diligências probatórias, por exclusão da aplicação do princípio.

Outra posição, não comportando restrições, faz impender sobre o arguido a sujeição a todo o tipo de provas, com os limites do art. 126.º, do CPP, sendo o autógrafa um exame, admitido nos arts. 171.º a 173.º, do CPP, não proibido no art. 125.º, do CPP.

Ao M.º P.º, em inquérito, incumbe a realização do exame em causa, para perseguição penal, que não pode ser entravada pelo arguido, não se englobando aquela diligência entre os exames atribuídos, em inquérito, à autorização do juiz — art. 172.º, do CPP, sobre características físicas “intrusivas”, colheitas de sangue, urina, saliva, cabelo, fluídos, passíveis de ofensa ao pudor das pessoas, etc, ou psíquicas.

Aderindo a esta visão mais ampla, relevando a competência do M.P. para ordenar o exame, em nome do imprescindível valor da tutela dos valores penalmente relevantes, por isso a ordem que emanou em inquérito, confirmada pela Relação, em discordância da proferida pela M.ª Juiz, é conforme à lei, e, por se mostrarem preenchidos os pressupostos objectivos e subjectivos do crime de desobediência, ilaccionou que a recusa em prestar os autógrafos esse crime configura, apoiando-se na doutrina em SOFIA SARAIVA DE MENEZES, *in o Direito ao Silêncio — a verdade por trás do Mito*, Almedina, pp. 118 e 119.

### **Sobre o acórdão fundamento:**

O arguido tem o dever de se sujeitar a diligências de prova, nos termos do disposto nos arts. 60.º e 61.º, n.º 3/d), do CPP, devendo, no entanto, entender-se que este dever não abrange todo e qualquer tipo de prova (art. 125.º CPP), mas apenas as diligências de prova que estejam “*especificadas na lei*”, sendo que a recolha de autógrafos se não mostra como tal normativamente especificada.

De resto, e pelo menos no caso concreto, não estava o Ministério Público impedido de, em alternativa, providenciar pela obtenção de documentos manuscritos pelo arguido, através da sua prévia apreensão, mormente, e se necessário, com recurso a buscas devidamente autorizadas, ordenando subsequentemente, com base neles, a realização da perícia à escrita. O que vale por dizer, pois, que a recolha de autógrafos, sendo embora a via mais fácil, não era a única via à disposição do Ministério Público para obtenção daquele desiderato.

A exigência de que esteja especificada na lei não se basta com a previsão genérica contida na mencionada alínea *d*) do n.º 3 do

art. 61.º do CPP, sob pena de, como pode ler-se no Ac. do TC n.º 155/2007, se pretender «dar por demonstrado o que se pretende demonstrar». Ademais, se todos os casos de recusa de submissão a diligências de prova devessem merecer a censura típica do crime de desobediência, o legislador tê-lo-ia previsto expressamente naquele segmento normativo [alínea *d*) do n.º 3 do art. 61.º], bastando para tanto acrescentar à sua respectiva previsão a expressão: “*sob cominação de incorrer no crime de desobediência em caso de recusa ou não cumprimento*”.

A recolha de autógrafos implica uma acção positiva do arguido que não se confunde com o mero tolerar passivo da actividade de terceiro.

Por razões de política criminal, cominou o legislador — com o crime de desobediência ou outra incriminação específica — a recusa ou oposição à submissão a determinadas diligências probatórias (por ex., a submissão às provas para detecção de álcool no sangue), não tendo feito idêntica opção para a recolha de autógrafos, tal como, aliás, também para os casos de sujeição a exame nos termos do art. 172.º, e/ou da submissão a perícia nos termos do art. 154.º, n.º 2, ambos do CPP, isso só pode significar que, na ponderação dos interesses em equação, decidiu o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, excluir da tutela penal a conduta do arguido que recuse tal colaboração com a investigação.

O arguido goza do estatuto de sujeito processual e não pode ser transformado em meio ou em objecto de prova contra si próprio, motivo pelo qual lhe foi conferido o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, designadamente por via do exercício do direito ao silêncio.

Sem disposição expressa que imponha a recolha de autógrafos coactiva e que sancione a recusa como desobediência, fazer-lhe uma tal cominação atenta contra o princípio da legalidade.

O direito de não prestar declarações envolve qualquer tipo de linguagem (oral, gestual, escrita) e/ou qualquer forma de comunicar, sendo portanto compreensível e adequada a equiparação entre a recusa a prestar autógrafos e o exercício do direito de não prestar declarações, quer oralmente quer por escrito, de forma directa ou indirecta.

A questão a dirimir prende com a de saber se em inquérito pela prática de um crime de “falsificação de documento”, a recusa do arguido no cumprimento de uma ordem para escrever pelo seu punho certas palavras, com vista à subsequente realização de exame pericial de escrita manual, pode ou não fazê-lo incorrer, feita que seja a devida cominação, na prática de um crime de desobediência, da previsão da alínea b) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal.

Nesse exercício, há desde logo que começar por evidenciar que a redacção actual do citado preceito [art. 348.º do Código Penal] é a resultante da revisão operada pelo Decreto-Lei 48/95, de 15 de Março<sup>(1)</sup>.

De forma a que não se desarmasse a Administração Pública de poder dar eficácia às suas ordens/decisões, foi ponderada a necessidade de *«restringir o âmbito de aplicação do artigo pois é excessivo proteger desta forma toda a ordem»*.

A propósito da sua respectiva estrutura típica anota CRISTINA LÍBANO MONTEIRO<sup>(2)</sup> que *«só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna-se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado»*. E esclarece mais adiante a mesma autora<sup>(3)</sup> que a ordem da autoridade ou funcionário *«deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar»*.

---

(1) Na versão originária do mesmo Código, aprovada pelo DL n.º 400/82, de 23 de Setembro, o crime em causa estava normativamente densificado no art. 388.º, cujo n.º 1 previa que *«quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimo que tenham sido regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente será punido com prisão até um ano e multa até 30 dias»*.

O n.º 2 do mesmo preceito, por seu turno, estabelecia que *«A mesma pena será aplicada se uma outra disposição legal cominar a pena de desobediência simples»*.

(2) Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, tomo II, Coimbra Editora, 2001, p. 351.

(3) Obra citada, p. 356.

Do mesmo modo, e sobre a estrutura típica deste ilícito penal, também Paulo Pinto Albuquerque<sup>(4)</sup> diz que, citamos, «*a ordem e o mandado são legítimos quando não contrariam a ordem jurídica no seu todo*», e que «*a autoridade e o funcionário são competentes quando têm o poder legal para proferir a ordem ou o mandado*».

Mas não basta desobedecer a uma ordem emanada por funcionário ou autoridade competente para que se cometa o crime de desobediência. É ainda necessário que esse dever de obediência tenha como fonte uma disposição legal [*alínea a*)] ou, na ausência desta, que a autoridade faça a correspondente cominação [*alínea b*)].

Feitas estas considerações sobre a actual estrutura típica do aludido preceito, e estando em causa no caso *sub judice* a questão de saber se comete o crime em causa o arguido que, em sede de inquérito por crime de falsificação de documento, não obedece a uma ordem, regularmente comunicada, para produzir autógrafos com vista à ulterior realização de exame pericial de escrita manual, a respectiva resposta está dependente desta outra, prévia, de indagar se tal ordem é ou não legítima. Sendo que só no caso de ser legítima, lhe será devida obediência. Ou seja, no caso concreto, a legitimidade da ordem é que constituirá elemento definitivo para a qualificação da conduta desobediente como crime.

A ordem será legítima se, como já vimos, ela não contrariar o ordenamento jurídico no seu todo. Pelo que se impõe começar por avaliar se a ordem dada ao arguido para, coercivamente, produzir autógrafos é ou não conforme ao ordenamento jurídico. Conformidade essa que, tal como o fizeram aliás os arestos aqui em oposição, tem de colocar-se desde logo precisamente no campo dos direitos e deveres processuais normativamente conferidos ao arguido pelo nosso ordenamento jurídico processual penal.

Como é sabido, e ao contrário do que sucedia no domínio de vigência do Código de Processo Penal de 1929, que assentava numa estrutura basicamente inquisitória, o modelo actual, introdu-

---

<sup>(4)</sup> *Comentário do Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 912 e 914.

zido a partir da revisão operada pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, veio conferir ao arguido o estatuto de sujeito processual.

E daí que, sob a epígrafe: “*Posição processual do arguido*”, a lei processual densifique a consagração desse estatuto ao prescrever no seu art. 60.º que, citamos (com sublinhados nossos):

*«Desde o momento em que uma pessoa adquire a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercício de direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei».*

Esta condição de sujeito processual confere-lhe pois, dando aliás corpo ao comando constitucional contido no art. 32.º da Constituição da República, entre outros, o direito de defesa e o direito à presunção de inocência.

Tal como ensina Figueiredo Dias<sup>(5)</sup>, a presunção de inocência *«assume reflexos imediatos sobre o estatuto do arguido enquanto “meio” processual — seja enquanto objecto de medidas de coacção, seja enquanto meio de prova»*. E chama a atenção de que este princípio, *«ligado agora directamente ao princípio — o primeiro de todos os princípios constitucionais — da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...). Só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constituir objecto do processo»*<sup>(6)</sup>.

A esta luz, há que dizer então que a resposta ao problema que nos ocupa, relativo à possibilidade de imposição ao arguido do dever de produzir autógrafos, não pode deixar de equacionar-se precisamente nesta sede: a da preservação da sua dignidade pessoal enquanto sujeito do processo.

Esse respeito pela dignidade da pessoa do arguido está reflectido no art. 61.º do CPP, em cujo n.º 3, alínea *d*), se prescreve que o

---

<sup>(5)</sup> *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 27.

<sup>(6)</sup> *Obra cit.*, pp. 27 e 28.

arguido goza, em especial, do direito de *não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*.

Ou seja, dá-se efectividade ao direito do arguido ao silêncio, direito este que está ligado ao seu direito de não colaborar na sua própria incriminação.

É através da vertente do direito ao silêncio que se consagra e manifesta no nosso ordenamento jurídico o princípio do direito à não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*)<sup>(7)</sup>, já que este último, ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, não tem tutela expressa na CRP<sup>(8)</sup>.

Não é, todavia, objecto de controvérsia, na jurisprudência e na doutrina, que o princípio em causa tem consagração constitucional implícita<sup>(9)</sup>. Como também ensina o Professor COSTA ANDRADE<sup>(10)</sup>, a vigência deste princípio afigura-se “*unívoca*” sendo «*decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como matriz jurídico-constitucional do princípio*».

A indiscutível importância e reconhecimento do direito à não auto-incriminação está também reflectida em textos internacionais como é o caso da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14.º).

Não obstante a referida inexistência de controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio ao direito à não auto-incriminação, sempre têm surgido dúvidas sobre o seu exacto conteúdo e extensão, designadamente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova [quer através das suas

---

(7) Também designado por *privilege against self-incrimination*.

(8) FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE e FREDERICO COSTA PINTO, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, p. 39.

(9) Neste sentido, ver-se AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não-Inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-Ordemacional Portugêses*, Coimbra Editora, 2009, p. 19.

(10) *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p. 125.

declarações, quer por via da sua sujeição a outras formas de obtenção de prova, tal como os exames].

O professor COSTA ANDRADE reconhece, aliás, que essas dúvidas se adensam tanto mais quanto nos aproximamos da «*zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam-se, não raramente, situações em que não é fácil decidir*»<sup>(11)</sup>.

Importará por isso, no apontado contexto, dar breve resenha da forma como a doutrina e a jurisprudência têm dado densidade interpretativa ao dito princípio do direito à não auto-incriminação.

Permitimo-nos para tanto começar por convocar aqui o estudo elaborado pela Sr.<sup>a</sup> juíza JOANA COSTA<sup>(12)</sup>, assessora do Tribunal Constitucional, em cujo âmbito, e através da “*análise cruzada*” à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, esta Exma magistrada conclui ser possível identificar, expressa ou implicitamente, nesta jurisprudência «*um conjunto de critérios normativos e operativos (...) que, quanto ao princípio nemo tenetur, densificam e concretizam as proposições de carácter geral, relativamente vago e até por isso consensual*».

Considera ainda a autora do citado estudo, sobre este princípio, que daquela jurisprudência resulta que «*o direito à não auto-incriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal, de elementos susceptíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN*».

No que respeita ao direito ao silêncio por seu turno, a violação do princípio «*pode ser desencadeada, quer pela decisão que sanciona o visado por não ter prestado declarações, quer pela consi-*

---

<sup>(11)</sup> *Ob. cit.*, p. 127.

<sup>(12)</sup> *O Princípio Nemo Tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Revista do Ministério Público, ano 32, 128, Outubro-Dezembro 2011.



*deração em julgamento de declarações anteriormente prestadas sob coerção, mas já não pela regular atendibilidade do silêncio do acusado no âmbito de juízos probatórios de inferência nos casos em que o acusado haja sido expressamente advertido de tal possibilidade».*

E, por outro lado, *«o privilégio da não auto-incriminação é aplicável à obtenção coerciva de prova documental através da colaboração activa do acusado, ainda que se trate de documentos preexistentes ou pré-constituídos e, portanto, que não careçam de ser produzidos na sequência da intimação ou por causa dela».*

Pode concluir-se portanto, à luz do referido estudo, que perante a jurisprudência que vem sendo firmada pelo TEDH, fica comprometida a utilização, em processo penal:

- De elementos de prova que, através de poderes compulsivos, se obtenham do acusado e que não existam sem a sua vontade;
- De prova documental obtida do acusado através da sua colaboração activa, através de poderes compulsivos, quer os documentos já existam aquando da intimação quer sejam produzidos na sequência desta;
- De declarações prestadas pelo acusado sob coerção.

E o Tribunal Constitucional, quando chamado a pronunciar-se sobre questões que se prendam com esta problemática, tem vindo a convocar para as respectivas decisões a jurisprudência do TEDH. Assim sucedeu por exemplo no caso apreciado no Acórdão n.º 155/2007, de 02 de Março, em cuja fundamentação, fazendo-se alusão precisamente ao acórdão Saunders v. Reino Unido, no seguimento dessa jurisprudência, bem como da doutrina de Gomes Canotilho consubstanciada em parecer junto aos respectivos autos<sup>(13)</sup>, se considerou que *«o direito à não auto-incriminação se*

---

<sup>(13)</sup> Pode ler-se, com efeito, nesse Acórdão n.º 155/2007 do TC que *«Gomes Canotilho, no parecer que o ora recorrente juntou aos autos (...), depois de dar conta que “a doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos tem entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas*

*refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN».*

Considerou-se ainda que *«essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado.*

*Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação».* E daí que nesse caso concreto tenha decidido o Tribunal Constitucional que não viola o princípio da não auto-incriminação a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético quando este tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita.

Mais recentemente, no acórdão n.º 418/2013, de 15 de Julho, do mesmo Tribunal, fazendo-se mais uma vez alusão ao caso Saunders v. Reino Unido, chama-se a atenção para o facto de ali ter sido considerado que *«o direito à não auto-incriminação não se estende à utilização, num processo criminal, de meios de prova que possam ser obtidos do arguido e que existam independentemente da sua vontade, por exemplo, recolha de amostras de sangue».*

Nessa conformidade, decidiu-se também que a recolha de amostra de sangue, em condutor incapaz de prestar ou recusar o seu consentimento, para detecção do grau de alcoolemia, não implica uma violação do direito à não auto-incriminação. Isto porque, como aí se disse, essa recolha, para além de constituir a *«base para uma mera perícia de resultado incerto»* não contém *«qual-*

---

*o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dívida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA” (...), conclui precisamente que “a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dívida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de DNA”».*

*quer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização».*

Da jurisprudência do TEDH e do TC resulta pois, com meridiana clareza, que é dada particular relevância ao critério da dependência ou independência da vontade do arguido. Como vimos, seguindo tal critério, não fica comprometida a utilização, no processo penal, de elementos de prova que se obtenham do acusado, através de poderes compulsivos, *desde que existam independentemente da sua vontade*. Isto é, a obtenção de tais elementos, nessas condições, não viola o princípio da não auto-incriminação.

Já na doutrina, por outro lado, não pode deixar de convocar-se aqui, sobre a matéria em causa, a opinião de AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS<sup>(14)</sup>, na medida que estes autores, criticando uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto-incriminação<sup>(15)</sup>, explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio *nemo tenetur*, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Segundo eles, e reconhecendo embora que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática *«à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos»*, aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXY segundo a qual *«o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério all or nothing, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta»*<sup>(16)</sup>.

Nesse quadro, *«quando um princípio, direito ou garantia, é superior a outro de acordo com critérios de relevância constitucio-*

---

(14) *O Direito à Não Auto-Inculpação...*, pp. 22 a 34.

(15) VÂNIA COSTA RAMOS, na RMP, n.º 108, ano 27, Out-Dez, p. 133, refere que *«este direito não deve ser entendido na sua máxima amplitude, de recusa de qualquer forma de cooperação com a justiça, mas sim como o direito a não colaborar para a sua própria incriminação, querendo com isto significar-se o direito a não ser obrigado a fornecer prova da própria culpabilidade, quer testemunhal, quer real, quer documental»*.

(16) *O Direito à Não inculpação...*, p. 23.

*nal e não é possível na situação concreta salvaguardar alguns aspectos do princípio inferior; nesse caso, é permitido o sacrifício deste último. As ponderações envolvidas na resolução da colisão de princípios podem ser realizadas tanto pelo juiz, no caso concreto, como pelo legislador, para uma constelação ou grupo de casos»<sup>(17)</sup>.*

Não deixam no entanto de criticar um critério que se baseie na dependência ou independência da vontade do indivíduo, isto na medida em que este deixa de fora do princípio *nemo tenetur* «*prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual da sua parte*»<sup>(18)</sup>. Ou seja, o princípio ficaria praticamente cingido às declarações orais.

Consideram, pois, que «*a imposição forçada de fornecer prova e de assim contribuir para a auto-incriminação, pela compressão que provoca ao nível dos direitos à integridade pessoal, à privacidade e a não fornecer elementos auto-incriminatórios, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente*»<sup>(19)</sup>.

Daí que, no que respeita por exemplo à sujeição ao teste de alcoolemia considerem que a sujeição a este dever reside «*não numa «manobra» conceptual, estribada num critério duvidoso, que coloca a situação fora do alcance do nemo tenetur, mas no elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se pretendem proteger*»<sup>(20)</sup>.

Os citados autores, considerando que este seu raciocínio está suportado na fundamentação do Acórdão 155/2007<sup>(21)</sup> do TC, aplaudem o facto de tal aresto ter resolvido bem «*o problema do ponto de vista metodológico*. Ou seja, ter reconhecido que é necessário aferir a grandeza do que se pretende tutelar com a restrição feita, aludindo-se à indispensabilidade de se apelar «*à ponderação*

---

<sup>(17)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, pp. 23 e 24.

<sup>(18)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 24.

<sup>(19)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 25.

<sup>(20)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 25.

<sup>(21)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 27.

*de bens e ao princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 2 do art. 18.º da CRP»*<sup>(22)</sup>:

Contudo, já quanto à ponderação valorativa, não deixam de criticar o facto de aquela decisão não ter incluído o princípio *nemo tenetur* entre os princípios afectados pela colheita coactiva de material orgânico, com o fundamento de que “*o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo...o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito»*<sup>(23)</sup>.

Concluem assim que aparentemente o TC, no caso concreto, se poderia ter baseado numa concepção restritiva do princípio *nemo tenetur*, fazendo uma menos adequada ponderação valorativa da questão na medida em que «*revela uma disponibilidade quase ilimitada para admitir que o arguido seja transformado em banco de prova e exclui expressamente o nemo tenetur, em nome de uma concepção restritiva que limita praticamente o alcance do princípio às declarações orais e ao direito ao silêncio»*<sup>(24)</sup>.

Sufragam, em suma, o entendimento no sentido de que «*o direito a não prestar declarações contra si mesmo constitui a realização-mor do nemo tenetur*»; mas chamam a atenção para que «*o princípio possui uma área menos central ou mais periférica, intervindo sempre que alguém é levado a contribuir para a sua própria auto-incriminação, por isso, que a sua amplitude não depende de critérios centrados na distinção entre conduta activa e tolerância passiva ou na distinção entre dados dependentes e não dependentes da vontade do sujeito, esta última proveniente da jurisprudência do TEDH»*<sup>(25)</sup>.

Aqui chegados, tem de ter-se por adquirido que é precisamente no âmbito do princípio atinente ao direito à não auto-incriminação que podem suscitar-se dúvidas sobre a legitimidade da

---

<sup>(22)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 29.

<sup>(23)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 29.

<sup>(24)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 30.

<sup>(25)</sup> *O Direito à Não Inculpação...*, p. 32.

ordem dada ao arguido para produzir autógrafos sob pena de a respectiva recusa o fazer incorrer na prática do crime de desobediência. O mesmo é dizer sobre a questão de saber se a imposição daquele dever viola ou não o direito do arguido à não auto-incriminação.

É esta questão que, de seguida, nos propomos equacionar e enfrentar.

Nesse desiderato, há que começar por evidenciar que, em bom rigor, o acto de recolha de autógrafos por parte de alguém que assumiu já o estatuto de arguido tem subjacente a imposição àquele do dever de colocar em papel a sua própria expressão escrita.

Essa inserção escrita de determinadas palavras num suporte de papel mais não configura do que a elaboração de um documento<sup>(26)</sup>, ao tempo inexistente, elaboração essa feita com a colaboração activa do arguido e na sequência da intimação nesse sentido.

Por outro lado, para além desse acto de recolha não constituir, em si mesmo, uma perícia<sup>(27)</sup>, mas apenas um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) que a viabilize, certo é que a colaboração activa por parte do arguido é, nesse caso, determinante para que, no processo, se disponha de elementos capazes de servir de base a essa perícia. E esta, caso venha a ser desfavorável ao arguido, poderá ser usada contra si enquanto meio de prova.

---

<sup>(26)</sup> Vide art. 255.º alínea a), do Código Penal.

<sup>(27)</sup> Como anota a este propósito o Sr. Desembargador Cruz Bucho, Presidente da Secção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães, in *Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação*, estudo publicado no sítio da Internet daquele Tribunal, citamos, «A recolha de autógrafos ou, na impressiva terminologia brasileira, a colheita de padrões gráficos, não é, pois, uma perícia. A recolha de autógrafos reveste natureza instrumental: é um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) com vista à realização de uma perícia, de um exame pericial. [...] Conforme foi justamente assinalado nos trabalhos preparatórios da revisão do CPP, recorda-se que a noção de exame prevista na lei não se confunde com a etimologia da palavra, tratando-se antes de um conceito normativo. Nesta perspectiva e à semelhança do que sucede noutras situações, nomeadamente com a recolha de amostras biológicas ou com a colheita de impressões digitais também a recolha de amostras de escrita manual, mediante a recolha ou colheita de autógrafos, reveste a natureza de um exame por via do qual se recolhem indícios relativos às pessoas que cometeram o crime (art. 171.º, n.º 1)».

E não se diga que tais autógrafos, à partida, não constituem mais do que uma base para uma perícia de resultado incerto<sup>(28)</sup>. Evidentemente que um tal raciocínio só seria verdadeiro na perspectiva dos outros sujeitos processuais, mas não do arguido. Em especial, no caso de este poder ser, efectivamente, o autor da letra que consta no documento cuja perícia se pretende.

Não pode assim deixar de concluir-se, neste quadro e também à luz da supra citada jurisprudência do TC e do TEDH — [e isto tanto na perspectiva daquilo que tem sido defendido em relação ao não dever de entrega de documentos produzidos na sequência da intimação, como em relação à colaboração activa do arguido em relação a elementos que não existam independentemente da sua vontade] — que a imposição ao arguido no sentido de, contra a sua vontade, produzir pelo seu punho “amostras de escrita manual”, colide com o seu direito à não auto-incriminação.

Mas tendo em conta que a nossa lei fundamental não proíbe em absoluto, como já vimos, a restrição legal de certos direitos, liberdades e garantias, será que a recolha de autógrafos aqui em causa pode ainda ser incluída no âmbito dos casos em que a lei admite uma restrição àquele concreto direito?

A nossa resposta, diga-se desde já, vai no sentido negativo. Vejamos porquê.

Como pode ler-se no já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, citamos de novo, «*da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i)for autorizada pela Constituição (art. 18.º, n.º 2, 1.ª parte); (ii)estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (art. 18.º, n.º 2, 1.ª parte e 165.º, n.º 1, alínea b); (iii)visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (art. 18.º, n.º 2, in fine); (iv)for necessária essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objectivo (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte); e (v) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e*

---

(28) De que fala o TC no Acórdão 155/2007, em relação à recolha de saliva.

*não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art. 18.º, n.º 3), da Constituição».*

Ora, quanto à exigência de credenciação constitucional para legitimar uma restrição de direitos, importa desde logo ter presente o disposto no art. 18.º, n.º 2 da Constituição, nos termos do qual *«a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos».*

Sendo certo que inexistente norma expressa que permita a restrição do direito à não auto-incriminação, será oportuno convocar aqui o que, sobre a dimensão normativa do citado preceito, diz o Tribunal Constitucional, mormente naquele aresto n.º 155/2007, em cujo texto pode ler-se que, citamos, *«uma primeira leitura deste preceito poderia sugerir que aqueles direitos fundamentais, como é o caso de alguns preceitos dos que agora estão em causa (por exemplo o direito à integridade física), para os quais a própria Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais, seriam pura e simplesmente insusceptíveis de ser restringidos».*

E, tal como a própria doutrina<sup>(29/30)</sup>, diga-se que, apontando em idêntico caminho, também o Acórdão n.º 340/2013, do mesmo Tribunal, reportando-se em concreto ao direito à “não auto-incriminação”, diz que, voltamos a citar, *«tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».*

Sendo assim constitucionalmente admissível, nos apontados termos, uma compressão ao direito à “não auto-incriminação” com vista à prossecução das finalidades próprias do processo penal, deve então averiguar-se, à luz da citada jurisprudência do

---

(29) Vide COSTA ANDRADE, FIGUEIREDO DIAS e FREDERICO COSTA PINTO, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, pp. 44 e 45.

(30) VÂNIA COSTA RAMOS, RMP, ano 28, p. 73.



Tribunal Constitucional, se existe ou não norma legal que, no caso concreto, sustente tal compressão.

Neste ponto, há que começar por evidenciar que tanto o acórdão recorrido, quanto o acórdão fundamento, partem da necessidade de convocação ao caso do preceito contido no art. 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP, segundo o qual o arguido se deve sujeitar a “diligências de prova [...] *especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*”. Só que a partir dele, enquanto o primeiro [o acórdão recorrido] conclui que esse segmento normativo é para tanto credencial suficiente, isto porque, e em suma, de outra forma ficaria irremediavelmente comprometida a descoberta da verdade material; já o segundo [o acórdão fundamento] por seu turno, concluiu diferentemente que aquele preceito abarca apenas a obrigação de o arguido se sujeitar a diligências de prova “*especificadas na lei*” e que a obrigatoriedade de sujeição a recolha de autógrafos não está como tal legalmente prevista.

Ora, sobre essa necessidade de especificação legal das diligências de prova também o Tribunal Constitucional, no supra citado aresto n.º 155/2007, apontava precisamente no sentido de que aquele preceito pressupõe que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei. O que significa portanto, como é bom de ver e ali se conclui, que daquele art. 61.º, n.º 3/d), do CPP «*não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que o mesmo pressupõe*».

Como a este propósito, e precisamente neste mesmo sentido anota o Sr. Desembargador CRUZ BUCHO, no estudo<sup>(31)</sup> acima indicado [nota n.º 30], que, citamos, «Mas, nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe disposição expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita.

E, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

---

(31) Acessível em <[http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre\\_a\\_recolha\\_de\\_autografos\\_do\\_arguido.pdf](http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf)>, e cujo ponto 6 do respectivo texto aqui pedimos vénia para reproduzir, até porque não saberíamos dizer melhor.

Não se pretenda encontrar essa habilitação legal no disposto no n.º 1 do art. 172.º do Código de Processo Penal, segundo o qual “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Não é pelo facto de a recolha de autógrafos revestir a natureza de exame que por via do citado n.º 1 do art. 172.º o arguido pode ser compelido, sob ameaça de desobediência, a prestar autógrafos.

O n.º 1 do art. 172.º do Código de Processo Penal apenas permite compelir alguém à realização de um exame devido. Mas o exame só é devido ou, em termos mais gerais, o arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito. É o que resulta dos citados arts. 60.º e 61.º, n.º 3, alínea *d*), do CPP.

A este respeito é particularmente elucidativo o seguinte trecho do Ac. do TC n.º 155/2007:

«Em suma: aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem».

Afasta-se, assim, não apenas a interpretação do PROF. GERMANO MARQUES DA SILVA, seguida pelos “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, segundo a qual o arguido teria de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não fossem proibidas por lei, como inclusivamente se afasta a posição que tende a assimilar diligências de prova especificadas na lei com meios de prova e meios de obtenção de prova típicos.

E, repete-se, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

A recolha de autógrafos não é, por conseguinte, uma diligência de prova especificada na lei.

Não tendo recusado submeter-se a uma diligência de prova especificada na lei o arguido não faltou à obediência devida.

Na síntese de MARIA ELIZABETH QUEIJO, “não havendo dever de colaborar, decorre que a recusa do acusado em contribuir na produção das provas não configura crime desobediência”<sup>(32)</sup>.

Na verdade, como bem observam AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS: “Não pode, sob pena de contradição e de quebra da unidade da ordem jurídica, considerar-se interdita uma actuação do poder público e autor de um crime de desobediência quem recusa submeter-se a ela”.

Consequentemente, contrariamente ao que sucedia no âmbito de vigência do Código de Processo Penal de 1929, a conduta do arguido que se recusa a prestar autógrafos não integra a prática de um crime de desobediência».

Inexistindo, assim, no quadro normativo vigente qualquer preceito legal que credencie a possibilidade de imposição ao arguido do dever de, para os apontados fins, produzir autógrafos, não pode deixar de concluir-se pela *ilegitimidade* da ordem que, com ou sem cominação, lhe seja dada nesse sentido.

De resto, sempre seria de enfatizar a este propósito que uma tal solução normativa se configura até como corolário lógico da própria natureza das coisas: sendo, com efeito, absolutamente decisivo para a viabilização, com um mínimo de possibilidade de êxito, de uma tal diligência o contributo efectivo da vontade do próprio arguido — [que pode ser “obrigado” a produzir “amostras de escrita manual”, mas nunca a fazê-lo de acordo com o seu estilo habitual — ponto em que é absoluta a impossibilidade de controlo] — não se vislumbra razão válida, dado até o estatuto processual que a lei lhe passou a reconhecer, para lhe cominar a eventual recusa com o crime de desobediência.

Na verdade, sendo único desiderato dessa diligência a obtenção de elementos de prova em processo penal, é evidente que só uma recolha de autógrafos que seja minimamente fiável se mostra susceptível e adequada à possibilidade de cumprimento da sua função que, no caso, é sustentar uma perícia que, em termos de prova,

---

<sup>(32)</sup> In *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo teneatur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 364.

dentro da fiabilidade cientificamente possível, possa levar a um maior ou menor grau de certeza<sup>(33)</sup>.

Se esse objectivo não estiver à partida garantido, não cremos que tenha justificação bastante o dispêndio de meios, humanos e materiais, para a realização de actos processuais à partida anódinos para a consecução dos fins a que se destinam. Como é sabido, a lei veda sempre a prática de actos inúteis (art. 130.º do CPC).

Ora, o acto de produzir genuínos e verdadeiros autógrafos traduz-se numa prestação pessoal, intimamente ligada a uma vontade intelectual/mental do arguido. E não é de todo possível, permitimo-nos repetir, aferir e/ou controlar essa veracidade ou genuidade no momento da sua recolha.

O arguido pode até, perante a cominação feita, mostrar-se resignado e produzi-los, mas se o fizer de forma simulada seguir-se-á inexoravelmente uma perícia adulterada ou inconclusiva. Quadro em que, e à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional supra citada, não pode deixar de ser posta em causa a legitimidade dessa concreta restrição de direitos do arguido, por se tratar de uma diligência à partida não adequada ao resultado que com ela se visa obter.

Por último, e como também já vimos, parece inquestionável que a própria evolução legislativa da matéria em apreço só pode apontar no mesmo sentido: não podendo evidentemente ignorar o regime normativo do CPP/29, que revogou e substituiu pelo do CPP/87 [arts. 1.º e 2.º do DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro], o certo é que o legislador optou, nesta parte, por não introduzir neste último corpo normativo preceito de alcance idêntico ao do anterior art. 195.º [do CPP/29], que previa e regulava expressamente o exame em causa nos termos seguintes: «O juiz ordenará, quando for necessário, que a pessoa a quem é atribuída a letra escreva na sua presença e na dos peritos, quando eles o pedirem, as palavras que lhe indicar. Se ela se recusar a escrever, incorrerá na pena de desobediência qualificada, sendo presa imediatamente e aguar-

---

<sup>(33)</sup> Vide <[http://www.pgdlisboa.pt/diap/docdiap/files/requisitos\\_autografos\\_PJ\\_LPC.pdf](http://www.pgdlisboa.pt/diap/docdiap/files/requisitos_autografos_PJ_LPC.pdf)>, acerca da recolha e Requisitos Para Exames Periciais de Escrita Manual.

dando o julgamento sob prisão, se antes não cumprir a ordem do juiz, fazendo-se de tudo menção no auto da diligência».

1. Mantendo-se inalterados os pressupostos enunciados na lei — arts. 437.º, 438.º e 441.º, n.º 1, do CPP —, para emissão de jurisprudência uniformizante por este STJ, colhidos os legais vistos, cumpre decidir:

A questão consistente em indagar se o arguido, a quem, no decurso do inquérito, foi ordenada a prestação de autógrafos pelo Ex.º Magistrado do M.P., recusando o arguido, incorre, tendo-lhe sido cominada a prática de crime de desobediência, caso o não fizesse, neste delito, foi objecto de soluções que se opõem no plano material, ilaccionando pela afirmativa o acórdão recorrido, pela negativa o acórdão fundamento.

Essa problemática “desesperadamente” controversa, pode dizer-se que tem merecido ampla reflexão doutrinária, não só entre nós, e díspares respostas ao nível decisório, o que nos conduz a uma primeira abordagem do complexo normativo, inscrito no nosso direito positivo, com aquela em contacto mais ou menos próximo.

O estatuto processual do arguido está conformado no art. 60.º do CPP, que se transcreve:

“Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade do arguido é-lhe assegurado o exercício dos direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei”.

A par e complementando os direitos previstos na lei processual penal geral, o arguido usufrui, ainda, de acervo de direitos especiais que leis de igual categoria consagram, particularmente os chamados direitos “premiais” (cf. CONS. HENRIQUES GASPAR, *Código de Processo Penal*, comentado, 2014, p. 207), estabelecidos como benesses do legislador em situações de participação activa e relevante na descoberta da verdade no combate ao crime, por razões de política criminal, previstas na Lei n.º 36/94, de 29/9, contra a corrupção e criminalidade económica e financeira e Dec.-Lei n.º 15/93, de 22/1, de combate ao tráfico e consumo de estupefacientes, bem como em

convenções internacionais, tornadas direito interno internamente recebido e na CRP.

Pormenorizando esse estatuto, dispõe o art. 61.º do CPP, subordinado à epígrafe “Direitos e deveres processuais“, que o arguido goza, em especial, dos direitos de:

“1. (...)

a) (...);

b) (...);

c) (...)

d) Não responder a perguntas feitas por qualquer entidade sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;

e) (...)

f) (...)

g) (...)

h) (...)

i) (...)

2. (...)

3. Recaem, em especial, sobre o arguido os deveres de:

a) (...)

b) (...)

c) (...)

d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”.

O art. 172.º do CPP, estipula que:

“1. Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelida por decisão da autoridade judiciária competente.

2. (...).

3. (...)”

Com relevância decisória convoca-se o art. 343.º, do CPP, subordinado à epígrafe “Declarações do arguido”, com referência à audiência de julgamento:

“1. O presidente informa o arguido que tem o direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio o possa desfavorecê-lo.

2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)”

A respeito do primeiro interrogatório judicial de arguido detido, dispõe o art. 141.º do CPP, já integrando as alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2013, de 21/2., que:

1. (...)
2. (...).

3. O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade criminal.

4. (...) Seguidamente o juiz informa o arguido:

a) Dos direitos referidos no n.º 1 do art. 61.º, explicando-lhos se isso for necessário;

b) De que não exercendo o direito ao silêncio as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo, mesmo que seja julgado na sua ausência, ou não preste declarações em audiência de julgamento, estando sujeitas à livre apreciação da prova;

- c) (...);
- d) (...);
- e) (...);
5. (...),
6. (...);
7. (...);
8. (...);
9. (...).

O silêncio não pode existir num mundo sem linguagem, pois é a linguagem que faz as coisas advirem axiologicamente; é na linguagem que o ser habita; calar não constitui somente em nada dizer, mas também em deixar de fazer qualquer reflexão dentro de si, quando se escuta alguém falar, no dizer de TITO CARDOSO E CUNHA, *in Silêncio e Comunicação, Ensaio sobre uma Retórica do Não Dito*; Lisboa, Livros Horizonte, 2005, 14 e ADRIANA RISTORI, *Sobre o Silêncio do Arguido no interrogatório no processo penal português*, 2007, Almedina, p. 96.

O princípio do qual decorre, no nosso direito processual penal, o silêncio do arguido é, sem dúvida, o art. 61.º, n.º 1 d), do CPP, sendo os restantes preceitos que se lhe referem seus afloramentos; o persistir em silêncio reveste uma das formas do direito de defesa, o “*jus tacere*” uma manifestação da liberdade de declaração, um dos atributos da personalidade a pressupor liberdade.

Movendo-se nessa consideração de que o direito ao silêncio se insere no direito de defesa contido no art. 32.º, n.º 1, da CRP, o TC, no seu Ac. n.º 695/95, de 5/12, acessível in <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acórdãos/19950695.html>>, veio a julgar inconstitucional o n.º 2 do art. 342.º do CPP, no segmento em que fazia parte do interrogatório judicial em audiência de julgamento a pergunta, sob cominação de responsabilidade criminal, sobre os antecedentes criminais do arguido, violando os direitos de defesa, ao silêncio e o princípio da presunção de inocência.

O Dec.-Lei n.º 317/95, de 28/11, eliminou aquele n.º 2, passando o n.º 3, a corresponder ao actual n.º 2, eliminando o n.º 1 qualquer menção a perguntas sobre o passado criminal do arguido, impondo ao juiz que advirta o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas, mas agora noutra direcção, ou a falsidade da mesma o podem fazer incorrer em responsabilidade penal, alteração normativa que mereceu opinião desfavorável do Ex.<sup>mo</sup> Cons. OLIVEIRA MENDES, *in Código de Processo Penal*, 2014, também por si comentado, a fls. 1094, objectando falta de fundamento válido à jurisprudência do TC que o legislador acatou, positivando-a, na exacta medida em que se não acolheu o seu relevo, claro, em sede de reincidência, da pena relativamente indeterminada, cúmulo jurídico de penas, principais, acessórias e de segurança, etc.



Mas se o direito ao silêncio assume a natureza de um direito é também uma garantia; uma garantia por conferir ao arguido liberdade de autodeterminação na opção entre se calar, de não responder a perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade ou de cooperar com o Estado na investigação, um direito pois, segundo GOMES CANOTILHO, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 396, Coimbra Editora, incluído nas clássicas garantias, também elas direitos, entre eles se englobando, precisamente, o de defesa, enunciado como portador de dignidade constitucional no art. 32.º, n.º 1, da CRP.

Os direitos fundamentais são principais, representam por si, certos bens, inabdicáveis à realização das pessoas, inscrevem-se na respectivas esferas jurídicas; as garantias, enquanto acessórias, asseguram a fruição de bens, projectando-se naquelas esferas pelo nexo que possuem com os direitos, escreve o Prof. JORGE MIRANDA, *in Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 2000, 359.

O Estado ao inscrever logo no art. 1.º da CRP, o respeito pela dignidade humana como seu princípio fundamental não pode, pois, exercer o monopólio do direito de punir em ofensa à dignidade humana, funcionando como garantia de sua realização o direito ao silêncio do arguido, puro derivado daquele princípio fundamental, são palavras de DIANA SILVÉRIO, *in O Silêncio como Garantia de Direitos Fundamentais das Vítimas e dos Arguidos no Processo Penal Português*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 40.

O direito ao silêncio funcionaria como instrumento de protecção dos direitos fundamentais do cidadão que, face à suspeita sobre ele incidente, da prática de um crime, se acha numa situação de especial fragilidade e indefesa frente ao poder punitivo do Estado, comportando o direito de não colaborar, ou se calar, desvinculado de um dever de verdade, podendo questionar-se se lhe não assiste com propriedade um direito à mentira, como imperativo lógico da estrutura acusatória do processo em que o arguido é reconduzido à figura de sujeito processual e não simples objecto — cf. MARIA FERNANDA PALMA, *in a Constitucionalidade do art. 342.º, do Código de Processo Penal, O Direito ao silêncio dos arguidos*, RMP, Lisboa, n.º 60, 1994, 107.

Na verdade só adquire esta veste de verdadeiro sujeito processual, arredada no processo inquisitório e nos processos ditatoriais, em que, segundo PUPPE e RUPING, “o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, na descoberta da verdade” — cf. COSTA ANDRADE, *in Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, p. 123.

Segundo este penalista coimbrão, *op. cit.*, 122, transcrevendo ESER, *in ZSRW*, 1967, 570, só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se.

Para alguns autores alemães, como HARTMUT SCHNEIDER, o direito ao silêncio enraizaria no domínio intangível dos dados pessoais, da intimidade privada, tratando-se de um direito à autodeterminação “informacional”, mas já o TC alemão firmou o entendimento de que um direito absoluto do indivíduo ocultar todos os crimes por si praticados, não pode ser reconhecido, pois de outro modo o interesse público na perseguição e condenação do agente criminoso estaria excluído, como a própria dignidade humana, salvaguardando-se, sem reserva, o respeito pelo direito ao silêncio, erigindo-se, deste modo, dizemos, o arguido em figura quase sacral e blindada do processo.

Não abdicando do direito ao silêncio, em termos absolutos, mas sem o radicar, como princípio, no respeito pela dignidade humana, ROGALL, na esteira de Schneider, considera-o, numa concepção jusracionalista e juspsicológica, como emanção do instinto de conservação, de autopreservação e de sobrevivência, atentando contra a própria essência do ser humano que actuaria “contra se”, em violação da sua pessoa, do direito intangível de personalidade, alcança-se do estudo de VÂNIA COSTA RAMOS, *Corpus Juris 2000, in Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, na lei ordinária, RMP, Ano 109, p. 61.

II. O direito ao silêncio pode ser exercido intermitentemente ao longo de todo o processo ou quebrado se e quando o arguido o

desejar, como resulta do art. 343.º, n.º 1, do CPP, sem que daí possa derivar desfavor no exercício desse direito.

O direito ao silêncio é, pois, expressamente reconhecido entre nós na lei ordinária — art. citado n.º 61.º, n.º 1, c), do CPP, mas a CRP não lhe dedica qualquer referência, como à proibição de auto-incriminação, ao contrário do que sucede com as suas congéneres da Espanha, Brasil e dos EUA, reconhecendo quer a doutrina quer a jurisprudência alemãs estar-se em presença de princípios de direito constitucional não escrito.

Este direito, segundo alguns penalistas, como os Profs. FIGUEIREDO DIAS, COSTA ANDRADE e FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *in* Parecer de Abril de 2008, intitulado *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade de Prova*, Coimbra, Almedina, 2009, 39, prestado à CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários), apresenta-se como uma vertente, como o princípio do privilégio contra a auto-incriminação, do princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, com origem histórica firme no direito inglês a partir de 1679, embora com afloramentos já na *Magna Carta*, sendo omissa na primitiva redacção da Constituição dos EUA, só com a versão de 1791 alcançando definitiva concretização com a 5.ª Emenda, que o substanciou como o “*privilege against self incrimination*” e a partir daí com o alcance normativo expresso de que “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*”, princípio que seria reforçado com o veredicto do *Supreme Court*, a propósito do caso *Miranda versus* Estado do Arizona, 1966 — cf. COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 124.

Reina, entre nós, controvérsia sobre a natureza dogmática do princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, avultando as teses processualista e substantiva, para esta última o princípio radicaria em alguns direitos fundamentais, como os inscritos nos arts. 1.º (definindo Portugal como República que assenta na dignidade da pessoa humana), 25.º (afirmando ser a integridade moral e física das pessoas inviolável) e 26.º (estabelecendo o leque dos direitos pessoais reconhecidos pelo facto de se ser pessoa humana) da CRP; segundo a tese processual o princípio assentaria e colheria fundamento nos direitos e garantias processuais reconhecidos ao arguido, com expressão nos arts. 20.º, n.º 4 (afirma os mecanismos de defesa

jurisdicionalmente assegurados para defesa dos direitos liberdades e garantias fundamentais) 32.º, n.ºs 2 e 8, (aludindo à presunção de inocência até ao trânsito em julgado e à nulidade das provas obtidas mediante tortura, ofensa à integridade da pessoa, abusiva intromissão na vida privada e nas telecomunicações), da CRP.

A tese substantiva mereceu reparo de VÂNIA DA COSTA RAMOS, estudo citado, a pp. 62 e 63, para quem essa fundamentação se mostra deficiente”... por o próprio egoísmo auto-favorecedor do arguido que segue o seu instinto de sobrevivência, não parece encaixar-se na dignidade da pessoa humana“; o seu fundamento há-de, antes, procurar-se noutros direitos com dignidade processual que” não deixam de ser “temperados” com uma dimensão material”.

E não é indiferente a opção por qualquer dos entendimentos a respeito da natureza do princípio do “*nemo tenetur*”, porque a ser emergente do direito a um processo justo, equitativo, como tal aceite constitucionalmente no art. 32.º da CRP, irradiando para os princípios da presunção de inocência do arguido, direito a ser ouvido e do contraditório, já é possível impor-lhe restrições, já se encarado como tendo por génese a protecção da dignidade humana de difícil compreensão se torna a sua compressão, visto o disposto no art. 18.º, n.º 2, da CRP, que aquela restringe ao estritamente preciso para “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos“, em obediência a critérios de proporcionalidade e necessidade.

III. Naquele Parecer da autoria dos eminentes penalistas citados, contrariando o teor da decisão proferida pelo Juízo de Pequena Instância Criminal de Lisboa, 1.º Juízo, 2.ª Sec., de 11 de Janeiro de 2008, em que era sujeito processual a CMVM, é bem clara a adesão à concepção processualista, pois, a propósito do direito ao silêncio e à proibição da autoincriminação, e transcrevendo de fls. 44, ali se escreve:

“Não obstante a vigência alargada destes direitos, tal não significa, porém que eles tenham um carácter absoluto, antes podendo, em determinadas condições ser legalmente restrin-

gidos. Na verdade são visíveis no ordenamento português diversas limitações (...).”

Elas são previstas — fls. 46, 47, 48, 49 e 55, continua-se a citar o Parecer — no “...cumprimento de obrigações impostas por lei e no quadro de um entendimento que alguns, na senda das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, tem apelidado de “moderno“(por oposição a uma visão clássica, liberal), deste princípio”.

Dentre essas limitações ao direito ao silêncio inscrevem-se, a título meramente exemplificativo, destacando o dever de resposta com verdade às perguntas sobre a identificação pessoal do arguido, de realizar certos exames como o de pesquisa de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais, quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, segundo a Lei n.º 45/2004, de 29/8, de cooperação no domínio tributário, à luz do RGIT e perante a Autoridade de Concorrência, previsto na Lei da Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11/6) ou ainda ante a CMVM.

Concepção moderna porque partindo de uma visão clássica daquele princípio segundo o qual o direito à não incriminação teria uma vigência absoluta e não seria susceptível de ser limitado, o adapta à evolução da sociedade e do próprio Estado, “para cumprimento das suas obrigações.”

Esta visão actualizada, respondendo à dinâmica da história, acompanha a transmutação de um Estado liberal em Estado Intervencionista, Dirigista, atento, mercê da evolução tecnológica, ao seu desaguar na “sociedade de risco”, de que falam o Prof. FIGUEIREDO DIAS, *in Estudos em Homenagem ao Professor Rogério Soares*, Coimbra ED., 2001, pp. 583, 613 e AUGUSTO SILVA DIAS, *Tese de doutoramento*, FDUL, 2003, 272 e segs, em que, segundo JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *in Liberdade Económica ou Fraudes Puníveis, Riscos Penalmente Relevantes ou Irrelevantes na Actividade Económica e Empresarial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, 307, 330, citado no estudo de VÂNIA COSTA RAMOS, REV supramencionada, p. 90, muitas vezes, nos sectores especialmente favoráveis à criação de tais riscos aos bens de índole pessoal e patrimonial, não

basta a “prevenção comunicativa ou contrafáctica” (cominação de sanções penais ou administrativas para quem cria o risco), não se dispensando o reforço cognitivo da acção perigosa, que leva a que a acção se desenvolva “dentro de uma liberdade que é condicionada”, conducente a uma “*circularidad curiosa*”.

O TEDH, ainda na citação de Vânia da Costa Ramos, estudo citado, R.M.P., 28, ano 109, pp. 71 e 72 decidiu que “... não há dúvida de que o direito a guardar silêncio durante o interrogatório policial e a prerrogativa contra a auto-incriminação são normas internacionais geralmente reconhecidas que se situam no coração de um processo equitativo...”, postulado pela DUDH, CEDH, PIDCP, enquanto manifestação incontornável dos direitos de defesa do arguido, sujeito do processo, titular de um estatuto, de um complexo de direitos e deveres com a amplitude do art. 61.º do CPP, para o qual se deve criar “um procedimento leal”, no dizer de MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, I, Almedina, 2009, 196.

IV. O direito ao silêncio e à não incriminação, enquanto vertentes do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, de acordo com uma concepção maximalista significa que o arguido não é obrigado a contribuir, cooperar com o tribunal, fornecendo apenas declarações, mas também elementos documentais, meios de prova da sua culpabilidade, segundo uma versão minimalista essa proibição envolve as suas declarações em sentido estrito e só sobre os factos que lhe são imputados.

O direito ao silêncio, segundo o TEDH, tutelado no art. 6.º, n.º 1, da CEDH, abarca a não colaboração por banda do arguido com as autoridades de investigação e acusação, fornecendo-lhe provas das infracções por ele cometidas; enquanto a proibição da auto-incriminação põe-o a coberto da presunção de inocência até ao trânsito em julgado segundo o art. 6.º, n.º 2, da CEDH, com o sentido e alcance de que lhe não assiste o dever de fornecer informações orais ou escritas em sede de processo de investigação, sem abdicar da informação dos seus direitos.

O direito à não auto-incriminação não se esgota, apenas, no direito ao silêncio; segundo FABIENNE KÉFER, “*le droit de ne pas se auto-incriminer ne couvre pas que les paroles. IL vise tout type*

*d, information y compris les écrits*”. As manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio contra a auto-incriminação, pois através de outros meios de prova pode ser desrespeitado. É a manifestação pura daquela concepção maximalista.

Na expressiva afirmação de JOÃO CLÁUDIO COUCEIRO, *in A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*, RT, 147-148, RT, “actualmente todo o corpo fala”; o direito ao silêncio inclui, pois, a possibilidade de que o art. 61.º, n.º 1, d), do CPP, lhe confere de não prestar declarações, de não responder a perguntas que lhe forem dirigidas, de permanecer calado, colocando-se no plano da “oralidade processual”, nas palavras de CARLOS BORLIDO HADDAD, *in Conteúdo e Contornos do Princípio contra a Auto-incriminação*, p. 43; está em causa a mera prova por declarações e já não a entrega de documentos, segundo LILIANA DE SÁ, R M P, Ano 107, p. 27, FREDERICO COSTA PINTO, *in parecer citado Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, p. 75 e LARA SOFIA PINTO, *in Privilégio contra a Auto-incriminação versus Colaboração do Arguido*, p. 109.

É a expressão da concepção minimalista.

De FRANKLIM KUTY, *in Justice Pénale et Procés équitable*, II, Bruxelas, 2006, Larcier, cita-se: “*Le droit au silence semble se cantonner pour l’essenciale au controle de ses cordes vocales*”.

Esta obrigação do direito a guardar silêncio está contemplada no *Corpus Juris*, estudo da iniciativa da Comissão Europeia, que, em 1995 /96, nomeou um conjunto de peritos cujo objectivo era a elaboração de um acervo de princípios em vista da protecção de interesses financeiros da União, sem traduzir um Código Penal Modelo, mas impondo-se, também, regras mínimas de prova, entre as quais aquele direito (art. 29.º, n.º 2) e o de ninguém ser obrigado a contribuir de “... forma directa ou indirecta para estabelecer a sua própria culpabilidade.” (art. 31.º, n.º 2), em obediência aos direitos de defesa do arguido previstos no art. 6.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 10.º, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos da ONU (n.º 2 daquele art. 29.º), sendo de excluir a prova que infrinja os princípios do processo equitativo, devendo o juiz “verificar se a irregularidade teve como consequência a lesão

dos interesses da pessoa acusada protegida pela norma (...)” — art. 33.º, n.º 1, do *Corpus Juris*.

Seja como for impõe-se a conclusão de que esses direitos convergem num mesmo sentido, do respeito pelos direitos fundamentais do arguido, particularmente da liberdade de declaração, pois mesmo mentindo, sem, que, contudo, lhe assista o direito a essa postura (cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal*, I, p. 297, Ed. Verbo, 2000 e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1974, p. 451) ela, se não o prejudica não o pode beneficiar, segundo o enunciado no Ac. do STJ, de 14.7.2006, P.º n.º 3163/06-5.ª.

Uma decisão não é justa se não for verdadeira, a mentira ante o juiz significaria a aceitação da mentira como organização societária, escreveu ANTÓNIO BARBAS HOMEM, in *O que é o direito*, Principia ed., 2007, 66, mas o direito nem sempre é a resultante do nosso idealismo, mas a transcendência do individual, naquilo que colectivamente é dado adquirido, há que dizer.

O nosso direito não homologa o direito à mentira, mas ante o atropelo deliberado da verdade é preferível o silêncio — cf. Prof. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, I, 1955, 152 —; a lei, afirma, apenas, da parte do arguido, como consequência do seu estatuto como pessoa e não como objecto, um não compromisso com a verdade, sendo-lhe inexigível o cumprimento de um dever de verdade, inconfundível com o direito a mentir, inaceitável num Estado de Direito — cf. Acs. deste STJ, de 12.3.2008, P. n.º 08P694 e 3.9.2009, acessível in <<http://www.dgsi.pt>>.

V. O processo penal encontra-se numa difícil encruzilhada entre o interesse em firmar o seu monopólio em punir o agente do crime e o interesse em assegurar-lhe o direito fundamental à liberdade, direito ocupante de topo no leque de direitos fundamentais, daí, diz-se, incumbir ao Estado a descoberta da verdade pelos seus próprios meios, pois que, na esteira de VITTORIO GREVI, citado por Tâmara Fernandes, in *O Conteúdo e alcance do direito ao silêncio*, ULP, 2010, 117, o direito de o arguido não cooperar com o tribunal é uma manifestação “cívica típica”, do processo acusatório, cabendo àquele a última palavra, sem pressão, coerção, fraude ou método enganoso.



VI. Chegados a este ponto, é imperiosa a abordagem sobre se é ou não legítima a recusa de o arguido em prestar autógrafos, escritos com o seu próprio punho, para exame de letra, ordenada em inquérito pelo M.P., indiciando-se crime de falsificação, em indagação, depois de aquele Magistrado o advertir de que incorre em crime de desobediência, p. e p. no art. 348.º, n.º 1, b), do CP, estando fora de discussão o dever de comparência perante a autoridade responsável pela investigação criminal.

Uma recensão doutrinária e jurisprudencial ao nível constitucional, que se observa no estudo, que seguimos de perto em vários segmentos desta decisão, da autoria do M.º Juiz Desembargador, DR. CRUZ BUCHO, de 5.12.2013, subordinado à epígrafe “Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência, direito à não auto-incriminação”, de 13.10.2013, acessível *in* <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e [www.trg.pt](http://www.trg.pt)> .../253, ilumina a dimensão com que é encarada processual e substantivamente a recolha.

O nosso direito processual actual não prevê o exame para reconhecimento de letra, para comparação de escrita manual em ordem a determinar a sua autenticidade, também denominado de exame grafotécnico no Brasil, e perícia caligráfica na Espanha, em contrário do que ocorria no CPP de 29, no seu art. 195.º.

Nada de mais explícito poderia ser o preceito no seu § 3.º: a pessoa a quem era atribuída a letra, em caso de recusa em escrever, na sua presença, as palavras indicadas pelo Juiz, depois de ordem nesse sentido, incorria em crime de desobediência qualificada, seria imediatamente presa, julgada de seguida, se e enquanto não cumprisse a ordem.

Entre nós o direito ao silêncio não prevê expressamente a não prestação de autógrafos, se bem que no recuado ano de 1990, em 30/1, pela pena do Ex.º Cons. SÁ NOGUEIRA, se haja escrito que essa prestação envolve “...um especial tipo de declarações, não por via oral mas escrita”, no Ac. publicado *in* CJ, Ano XV, I, 181, englobando-se no direito ao silêncio, como similarmente se posicionam VÂNIA DA COSTA RAMOS e AUGUSTO DA SILVA DIAS, *in* *O direito à não Inculpação no processo penal e contra-ordenacional português (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare)*, Coimbra Editora, 2009, p. 19., enquanto manifestações (os autógrafos) equipa-

ráveis à linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a incriminação; o Cons. LUÍS OSÓRIO, em 1932, em anotação ao art. 195.º do CPP, de 1929 pronunciava-se no sentido de que o preceito não se coadunava com o direito ao silêncio que deve ser garantido ao arguido, quanto a não responder a perguntas sobre a infracção; é uma variante, como o direito à não incriminação do arguido, distinção que o brocado latino “*nemo tenetur se ipsum accusare ou detergere*” abriga, escreve.

Sobre qual o critério que tem sido usado, exactamente, para aferir do sacrifício ou não do princípio do “*nemo tenetur*”, pronuncia-se o DESEMBARGADOR CRUZ BUCHO, no exemplar estudo citado, a p. 35, dando nota que em alguns sectores de jurisprudência, nacional e estrangeira, tem vindo a proceder-se à distinção entre aqueles meios de prova em que o arguido tolera a sujeição a exames, em atitude de mera passividade, não fornecendo elementos de culpabilidade, exteriorizando-a por actos ou omissões e aqueles em que o arguido age activamente, participa positivamente, comprometendo voluntariamente o privilégio de não auto-incriminação.

Para alguns esse critério, lê-se, aí reconduz-se ou deve ser encontrado na dependência ou independência da vontade do arguido, estando, pois, fora do princípio do “*nemo tenetur*” as prestações pessoais exigidas sob a ameaça de sanção, mas independentes da vontade do arguido, que “não passam por uma declaração de espiritualidade da sua parte”.

O TEDH, por acórdão de 17.12.96, (caso *Saunders v. Reino Unido* n.º 19187/91), concluiu que “O direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio”, para afirmar que esse “direito não abrange a utilização em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do sujeito, tais como “*inter alia*”, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina bem como de tecidos corporais, com vista a uma análise de ADN, critério seguido, depois, nos Acs. de 4.10.2005, *Shannon v. Reino Unido*, n.º 6563 § 36 e de 11.7.2006, *Jalloh v. Alemanha*, n.º 54810/00, estando em causa neste último, a

administração forçada, através de sonda nasal, de substâncias indutoras do vômito (substâncias eméticas) através da qual se operou a recuperação por regurgitação da cápsula de cocaína engolida pelo arguido quando detido, em que se afastou a violação ao princípio.

Introduziu, no entanto, o TEDH, critérios mitigando o uso desse meio de prova, como sejam a consideração da natureza, grau de coerção empregado, importância do interesse público na investigação, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização dos meios de prova obtidos por essa forma.

O critério paradigmático adoptado no caso *Saunders* foi acolhido ponto por ponto no Ac. do TC n.º 155/2007, a propósito da recolha de saliva para realização de análises de ADN, “por a colheita não constituir nenhuma declaração”, mas “base para uma mera perícia de resultado incerto”, sem contender com o privilégio contra a auto-incriminação.

No Ac. da Rel. de Évora, de 15.11.2011, Rec. n.º 103/09.6 GCBJA.E1 foi integralmente acatada a orientação jurisprudencial vertida no Ac. do TEDH, no predito caso *Saunders*, no sentido de que a recolha de sangue para detecção de alcoolémia não integra declaração confessória, auto-incriminatória, como é jurisprudência dominante nas Relações, de que são exs., entre tantos, os Acs. de 21.11.2007, da Rel. Coimbra, P. n.º 6/05.3PTVIS.C1, 25. 3. 2010, P. n.º 1828/06.3TALRA.C1, 14.7.2010, P. n.º 113/09.3GBCVL, 25.1.2012, P. n.º 123/09.OGTVIS. C1, da Rel. Porto, de 18.5.2011, P. n.º 438/08.5GCVNF. P1, de 11.7.2012, P. n.º 40/11.PTVNG.P1, da Rel. Évora, de 20.12.2012, P. n.º 45/09.5GECUB.E2, de 30.4.2013, P. n.º 1157/91.1GBMMN.E1, de 23.1.2012, P. n.º 32/10. OGBGMR.

O TC já decidiu que não ofende o princípio da igualdade, o dever de respeito, a dignidade da pessoa humana, o direito ao seu bom nome, à honra, à reserva da intimidade privada e as garantias de defesa, a submissão do condutor à detecção de álcool no sangue através da pesquisa de ar expirado, quando o visado não se quer a ela submeter — cf. Acs. n.ºs 319/95, 423/95 e 628/2006.

Na doutrina estrangeira, especialmente argentina, além do mais, pela pena do PROF. JAVIER DE LUCA, a cláusula contra a incriminação compulsiva, abarca, apenas, as declarações que são a expressão da vontade do ser humano, produto do pensamento das

peças, elaborações mentais, que se reflectam numa conduta activa ou omissiva com sentido intelectual, toda a prova que requeira uma colaboração intelectual com significado expressivo — cf. *Cuerpo y la Prueba*, Buenos Aires, Revista de Direito Processual Penal, 2007, III, 41.

Na doutrina brasileira de sublinhar o pensamento do Prof. CARLOS HENRIQUE BORLIDO HADDAD, para quem “sempre que a produção de prova envolva uma acção do réu, faculta-se a ele a recusa a cooperar. Caso a prova possa ser gerada sem uma actividade do acusado, que apenas suporta a acção de terceiros, não há espaço para a invocação do princípio” — cf. *Conteúdo e Contornos do princípio contra a auto-incriminação*, pp. 58/59, esclarecendo que na Alemanha já se decidiu “não ser possível obrigar o acusado a submeter-se à realização de testes, reconstituição dos factos, à prova grafotécnica ou à produção de semelhantes acções”.

Não se distancia deste entendimento o Prof. LUÍS FLÁVIO GOMES ao escrever, in *Princípio da não Auto-incriminação, significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, disponível in <<http://www.lfg.com.br>>, que “qualquer prova contra o réu que dependa (activamente) dele só vale se o acto for levado voluntária e consciente ...”; a orientação predominante na jurisprudência brasileira vai no sentido de não reconhecer a existência do dever de colaboração do acusado na produção de provas, no que tange “às que dependam da sua colaboração activa”, sintetiza MARIA ELISABETH QUEIJO, in *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur ou se detergere e suas decorrências no processo penal*, p. 313.

Mas o direito de não declarar, não colaborar, escreve, deve, no entanto, ser entendido num sentido amplo, não titulando auto-incriminação, por ex.º, as provas dactiloscópicas, fotográficas ou de natureza similar, revistas, buscas, apreensões, reconhecimentos, grande parte dos exames, incluindo a instalação de tacógrafo num camião, a recolha de cabelo, sangue, urina, sémen, tecidos corporais, tendo em vista realização de exames de ADN, em contrário do que sucede sempre que se verifica uma atitude ou acção positiva.

O Tribunal Constitucional alemão e boa parte da doutrina alemã (cf. GOSSEL, in *As Proibições de Prova no direito processual*

da RFA, RPCC, Ano 2, Fasc. 3, 1992, p. 423), aderem ao critério que toma como referência a distinção entre conduta activa e tolerância passiva, mas a distinção acaba por sofrer “comprometedoras limitações“, escreve o Prof. COSTA ANDRADE, *in Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 127.

O Tribunal Constitucional de Espanha afirmou — cf STC 103/85, 22/88, de 18/2, 107/95, de 7 /10 e 161/97, de 20/10 — que a submissão a testes de alcoolémia não pode considerar-se contrária ao direito a não declarar, uma declaração incriminatória, uma vez que não obriga o condutor a emitir uma declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa e apenas a tolerar que sobre ele emita uma especial modalidade de perícia.

A maioria da jurisprudência da Argentina, Costa Rica e Itália não se dissociam do mesmo critério, que tem sofrido críticas como reconhecidamente aceita o Mestre coimbrão, Prof. COSTA ANDRADE, *op. e loc. citados* ao expressar que as dificuldades de distinção “sobem de tom à medida que nos afastamos da consideração abstracta dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meio de prova”.

VII. A metodologia a que vimos de aludir não escapa às críticas vindas de alguns sectores; o critério da participação activa — tolerância passiva, este defendido também por CLAUS ROXIN, *in A protecção da pessoa no processo penal alemão*, 120, escrevendo que “...o processado não tem que colaborar com as autoridades encarregadas da investigação mediante um comportamento activo (...) ainda que se imponha uma obrigação a tolerar (...)”, tem sido considerado de difícil praticabilidade, por nem sempre ser viável e nem visível a distinção entre as duas formas procedimentais, por ser demasiado simplista, não conducente a resultados seguros, sequer aceitáveis.

Na verdade parece evidente que mesmo em casos havidos classicamente de tolerância passiva não deixa de coexistir uma participação activa, como é o caso de sujeição a recolha de sangue, saliva, urina, corte de cabelo, de tecidos corporais, álcool no sangue a partir do ar expirado ou do sangue etc, em que sem a colabo-

ração (necessariamente activa) do arguido expondo voluntariamente o seu corpo fica comprometido o resultado a alcançar. Há espaço de tolerância mas também de acção em puro hibridismo, em termos de funcionamento, não sendo fácil discernir, com clareza, entre as duas figuras.

Acrescente-se que não é mais grave o atentado à dignidade humana no compeler, por ameaça de incorrer em desobediência, à prestação de autógrafos, que aqueles casos de tolerância passiva, sendo que a humilhação, o ter que ser instrumento “*in se*” de pesquisa e a passividade, não deixam de constituir, um mínimo grau, é certo, de auto-incriminação e violência contra a pessoa humana.

É nestes termos que WOLFFAST — com outros autores, na doutrina germânica, brasileira, costariquenha e argentina, etc. — aludido pelo Prof. COSTA ANDRADE, *op. e loc. cit.*, nota 31, se manifesta contra tal critério, quando doutrina que “...não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida, mas também quando (...) uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova”, sendo difícil distinguir porquê a dignidade humana é atingida quando se é “forçado a uma acção e não quando se tenha de a tolerar”. Situações há em que se demonstra a inexistência de “uma distinção qualitativa entre acção e omissão”, dando como exemplo o caso de o arguido ser forçado a manter a cabeça erguida ou a assumir uma dada expressão facial, em caso de reconhecimento. E nessa medida não podíamos estar mais de acordo.

VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismó-

grafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado“, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal“, nas palavras dos penalistas Profs. FIGUEIREDO DIAS e GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Para uma Reforma Global Processual Português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in Ordem dos Advogados, Para uma Nova justiça Penal, 1983, Almedina, 194 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 2000, Ed. Verbo, 29-30, respectivamente.

As grandes linhas mestras, sustentáculo do nosso CPP (de 87), repudiam o recurso à extorsão de declarações ou qualquer forma de auto-incriminação, pois todos os actos não-de ser a livre expressão da sua livre personalidade, escrevia o Prof. FIGUEIREDO DIAS, in *Código de Processo Penal*, Almedina, 1974, 430.

O preceito do art. 61.º, n.º 3, d), do CPP na medida em que faz recair sobre o arguido o seu dever de sujeição a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial poderia prestar-se a uma leitura restrita, a uma interpretação restritiva, ao declarar que as medidas de coacção e garantia patrimonial tem que ser especificadas na lei, ou seja direccionadas exclusivamente, e como tal previstas, pré configuradas legalmente, ao arguido.

O arguido estaria a salvo das diligências de prova, meios de prova ou de obtenção de prova, o que constituiria um profundo golpe na investigação criminal, “aniquilando por completo a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela, assegurando a impunidade absoluta”, no dizer de MARIA ELISABETH QUEIJO, no estudo já citado, p. 364.

O Tribunal Supremo de Espanha, em acórdão recente de 29.1.2013, enunciou que o exercício dos direitos processuais não confere ao acusado um direito absoluto de que possa fazer uso em todas circunstâncias quando estejam em causa bens jurídicos, igualmente dignos de protecção — STS, 2.ª, P. n.º 62/2013.

Por isso que as limitações à incriminação não podem cingir-se ao dever legalmente imposto de responder com verdade, rompendo o direito ao silêncio, às perguntas sobre a seu nome, filiação, naturalidade e data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e de residência, nos termos do art. 342.º do CPP, a obrigação

de submeter-se a exames, somente elencados na lei, por ex. detecção de alcoolemia ou substâncias psicotrópicas (arts. 152.º e 155.º do CE, no âmbito rodoviário), ou a exames e perícias em sede médico-legal, ordenadas pela autoridade judiciária competente (lei n.º 45/2004, de 29/8), aos deveres de cooperação perante a autoridade tributária em caso de inspecção tributária (LGT, art. 59.º e RCPIT)) a Autoridade de Concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11/6, e deveres de protecção ante a CMVM, previstos no CVM).

O art. 61.º, n.º, 3 d), do CPP, contém um enunciado geral, não se refere a diligências de prova “especificamente “previstas na lei para o arguido, mas, como noutros preceitos, a diligências “especificadas”, comportando esta palavra um alcance mais amplo, de cláusula geral, abrangente de todas as provas que não são proibidas por lei, ao arrimo do princípio da legalidade da prova (art. 125.º do CPP) e 126.º do CPP.

Uma interpretação com esta dimensão extensiva, não proibida, com apoio no texto gramatical, corrige uma interpretação estreita de mais; uma interpretação demasiado restritiva teria como consequência contradizer princípios fundamentais, como o do direito do Estado à punição, o seu monopólio da punibilidade e de assegurar a tranquilidade dos cidadãos, a sua expectativa contrafáctica, que, como o direito à liberdade do arguido merece, no seu confronto, ser sopesado e não minorizado-cfr. Interpretação e Aplicação das Leis, 33 e 34, de FRANCISCO FERRARA.

A orientação seguida pelo Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA é a de que, no que tange às diligências de prova, o arguido “tem de sujeitar-se a todas as que não forem proibidas por lei (art. 125.º do CPP) (...)”, in *Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, 444 e *Curso de Direito Processual*, I, Verbo, 2000, 300, sejam perícias ou exames.

No mesmo sentido se pronunciaram os Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, in *Código de Processo Penal — Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, p. 154.

Igualmente SOFIA SARAIVA DE MENEZES, in *Prova Criminal e Direito de Defesa — O direito ao Silêncio: a Verdade por trás do Mito*, Almedina, pp. 134 e 135, com o fundamento de que o estatuto do arguido na amplitude traçada pelo art. 60.º do CPP, ressalva



que a sujeição a diligências de prova não pode ser prejudicada pelo direito ao silêncio e à proibição de auto-incriminação.

A admitir-se o contrário, em nome do princípio de que o arguido não tem o dever de colaborar activamente na obtenção de provas, mas apenas sujeitar-se passivamente a diligências de prova, de que são exemplo a maior parte dos exames, estar-se-ia a favorecer um “efeito dominó em relação às provas pessoais cujo resultado seria totalmente fraudulento para o sucesso da investigação criminal: a descoberta da verdade material ficaria irremediavelmente comprometida”.

A recolha de autógrafos é uma diligência de prova; ele é já começo de exame, parte dele integrante, em vista da emissão de um juízo pericial final formulado a partir do exame prévio da letra, inscrevendo-se aquele juízo no âmbito dos meios de prova e a recolha em sede de meios de obtenção de prova — arts. 151.º e segs. (perícia), 171.º (exames), do CPP, assentando basicamente a distinção (controvertida) no facto de o exame se destinar a fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes para o “*thema decidendum*”; a perícia propõe-se fixar factos facultados por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos, que o juiz não dispõe por não possuir um saber enciclopédico e universalista, distinção que nalguns casos suporta dificuldades sobretudo em se tratando de recolha de vestígios que exigem a presença de peritos, por forma a permitir ulterior análise, por ex. de ADN, não sendo de autonomizar-se o exame (meio de obtenção de prova) da perícia (meio de prova), opina, diversamente, SÓNIA FIDALGO, *in* RPCC, Ano 16, n.º 1, 138.

A nossa lei processual penal, designadamente o art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, não consagra explicitamente o princípio do “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, mas reflecte-o indirectamente nas suas díspares irradiações, também não consagra nem directa nem indirectamente o critério da “tolerância passiva *versus* participação activa”, de que se tem feito controverso uso, como vimos para aferir da conformidade legal ao princípio da não auto-incriminação em caso de recolha de autógrafos.

Os Profs. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, no parecer intitulado “Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova”, p. 45,

AUGUSTO DA SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, in *Direito à não auto-inculpação, no processo penal e contra-ordenacional*, Almeida, 2009, pp. 23 e segs, LARA SOFIA PINTO, *Privilégio contra a Auto-incriminação versus colaboração do arguido*, SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Código de Processo Penal Anotado*, I; 3.<sup>a</sup> ed., p. 1111, apelam à necessidade observância do princípio da legalidade e de obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade.

**AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, acima citados, criticam uma concepção demasiado restritiva do princípio da não auto-incriminação explicam o modo como, em seu entender, se deve definir o conteúdo e alcance do princípio “*nemo tenetur*”, ao mesmo tempo que fazem o enfoque desta matéria com a jurisprudência do Tribunal Constitucional.**

Reconhecendo que é complexo o âmbito de validade do princípio e que ele se vai relativizando e ficando dependente de concordância prática «à medida que nos afastamos de concretizações nucleares como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos», aderem à concepção de DWORKIN e de ALEXY segundo a qual «o Dasein dos princípios é em colisão com outros e o modo de dirimir essa colisão é, não através de um critério “*all or nothing*”, mas por meio de uma compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta.

E mais ainda acrescentam que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não pode fundar-se no binómio conduta activa — tolerância passiva.

O Acórdão n.º 340/2013, do TC, de 17/6, P. n.º 817/12, reportando-se em concreto ao direito à “não auto-incriminação”, repete que «tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)».

E, nessa medida, é pertinente confrontar-se o preceituado no art. 172.º do CPP, subordinado à epígrafe “Sujeição a exames”, preceituando que:

“1. Se alguém pretender a eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente;

2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do art. 154.º e nos n.ºs 6 e 7 do art. 156.º;

3. Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter (...);

4. (...)”

Em se tratando de perícia sobre as características físicas ou psíquicas das pessoas que não hajam consentido nela, o despacho que a ordene é da competência do juiz, ponderando a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade do visado — n.º 3 do art. 154.º do CPP.

As perícias em referência são realizadas por peritos médicos ou outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado e, tratando-se de análise de sangue ou de outras células corporais, as amostras recolhidas só podem ser usadas no exame em curso ou noutra já realizado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam precisos — n.ºs 6 e 7 do art. 156.º do CPP.

Hoje, mercê da alteração legislativa trazida pelas Leis n.ºs 4/07, de 29/8 e 20/13, de 21/2, reflectidas nos textos normativos acabados de citar, é já, pondo termo a uma querela doutrinal e jurisprudencial de pretérito, possível proceder a exames, a perícias “intrusivas” “à pessoa humana, salvaguardados, pois, os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, na esteira do TEDH, como informa PEDRO VERDELHO, *in* Revista do CEJ, 2006, 1.º Semestre, pp. 154 e segs., citado pelo Ex.º Cons. SANTOS CABRAL, no Comentário, com outros, ao Código de Processo Penal, Almedina 2014, p. 729.

IX. Do antecedente ao nível da jurisprudência infraconstitucional se sustentava já que, pese embora a recolha de saliva, sangue urina, cabelos, etc, para análise, possam ofender a integridade

corpórea e o direito à autodeterminação do visado, a voluntariedade da sua acção, a sua capacidade de agir e de decidir, com integral liberdade, em caso de recusa devia a recolha ser compulsivamente efectuada, porque esse exame e perícia se mostravam essenciais à descoberta da verdade.

A ofensividade era ilegítima, é certo, mas de tal modo, além de reversível, insignificante, pelo que devia ceder ante aquele valor, de préordenada tutela de outros no plano dos direitos fundamentais, não menos dignos de protecção, entre os quais o da justiça, da perseguição criminal. Assim se expressou o Ex.<sup>mo</sup> Cons. OLIVEIRA MENDES, como relator no paradigmático Ac. prolatado no Rec. n.º 3261/01, de 9/1/2002, da Rel. Coimbra, escrevendo:

“O ...nosso ordenamento jurídico prevê várias situações em que o direito à integridade física e à auto-determinação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, da defesa nacional, quer na área da justiça, quer de outras.

Assim sucede quando se impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os rádiorrastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças infecciosas, a proibição de dopagem dos praticantes desportivos, o serviço militar obrigatório ou a prestação de serviço cívico, a realização de perícia psiquiátrica e de perícia sobre a personalidade”.

Enquanto meios de coacção sobre uma pessoa que se vê obrigada a suportar um exame, deve o normativismo que lhe respeita ser aplicado com rigor, restritivamente, como sucede com a prisão preventiva, mas sem perder de vista, contrabalançando-o, que a administração da justiça é uma “exigência de ordem pública e do bem estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito”, nas palavras da S.<sup>ra</sup> Desembargadora relatora do Ac. da Rel. Porto, de 3.5.2006, P. n.º 0546541, havendo que concluir na colisão de direitos estabelecida, que a recolha de sangue, de urina, etc., compulsivamente, é conforme à lei, legitimando o sacrificio desse interesse menor a administração judiciária.

**A esse propósito e, por maioria de razão, quanto à recolha de autógrafos, escrevem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Edi-**

tora, p. 553, não obstante a integridade física e moral ser inviolável “não significa qualquer prevalência absoluta deste direito em relação a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas apenas uma “interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação”.

A criação dos tipos legais incriminatórios não pode deixar de ser acompanhada de meios legais que permitam tornar exequível e operante a produção de prova sobre os factos respectivos e o seu consequente sancionamento, sob pena de ficar prejudicada a necessidade de protecção dos bens jurídicos tutelados e as restantes finalidades de prevenção das penas, são considerações, ainda daqueles autores, *in op. cit.*, p. 557, citados no AC do TC n.º 418/2013, P. n.º 120/11, de 15.7.2013, na abordagem da conformidade constitucional dos arts. 4.º, n.os 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17/5 e do art. 156.º, n.º 2, do Código da Estrada.

A intervenção no corpo das pessoas não é impedida pelo direito à integridade, “desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada, sem prejuízo da punição em caso de recusa”, referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in Constituição, Anotada*, 4.ª ed., Coimbra Editora, p. 456.

O exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação, tanto mais que essa recolha, por regra, ocorre em regime fechado, com o recato devido, apenas uma limitação da sua vontade, um agir num determinado sentido que não o por si desejado, de não se prestar a escrever, mas quando em confronto com o valor da administração da justiça, por estar em causa a indagação da prática de crime de falsificação, cede, por se situar, na justa ponderação de interesses, na colisão de interesses desiguais, num plano inferior —, arts. 36.º, n.º 1, do CP e 335.º, n.º 2, do CC.

O valor da liberdade individual não pode considerar-se auto-limitado em grau tão elevado que anule o direito do Estado e a defesa dos cidadãos ao direito à perseguibilidade penal, conservando a ordem de fazer o escrito sob cominação de desobediência

na hipótese de resposta negativa, ainda, intocado o núcleo duro daquele direito, que suporta, apenas, uma mínima restrição. Em todos os dias essa compressão é visível em variados sentidos da vida humana e nem por isso se diz ter sido abalado em grau insuportável esse direito fundamental.

O âmbito do exame e posterior perícia estão pré-definidos, porque não proibidos, estando tutelados a coberto do princípio da legalidade da prova e a densidade normativa em jogo evidencia que se trata de restrição accidental, quase bagatelar, não permanente ao direito fundamental, não grave, pacificamente aceite, proporcionada e adequada à prossecução do interesse penal envolvendo ponderação do direito minimamente atingido (cf. Ac. do TC n.º 340/2013, P. n.º 817/2012, de 17.6.2013).

Assim o dita a DUDHC, no seu art. 29.º, ao consentir que no direito interno se estabeleçam limitações destinadas a assegurar direitos e liberdades fundamentais, as justas exigências da moral, da ordem pública, da ordem pública e do bem estar; só é ilegítima a restrição aos direitos, liberdades e garantias em caso de colisão quando a restrição atente contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projecção da ideia da dignidade humana constituem a essência, o conteúdo essencial, de cada preceito constitucional, sendo certo que inexistindo preceito constitucional que autorize a restrição ela pode ser apoiada na DUDHC, escreve VIEIRA DE ANDRADE, *in Manual de Direito Administrativo*, 125 e 238.

Mais recentemente na sua obra *Acordos sobre a sentença em processo penal*, Porto, 2011, p. 27, citada por CRUZ BUCHO, a p. 47, nota 116, do seu estudo, o eminente penalista Prof. FIGUEIREDO DIAS, acentua que é perigoso afirmar os direitos individuais como absolutos, declinando todo o equilíbrio com os direitos inalienáveis da comunidade. E se é certo que existe todo um limite inultrapassável baseado no respeito pela dignidade humana, na ponderação das garantias de defesa asseguradas no art. 32.º, n.º 1, da CRP, há que entrar, citando-se, “em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária, suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18.º, permaneça intocado o conteúdo do direito

fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade”.

A jurisprudência do TC, abordando o conteúdo não absoluto dos direitos, liberdade e garantias, salvaguarda a oposição de limites, desde que se mantenha incólume o seu núcleo duro, seja sustentada por lei da Assembleia da República ou Dec.-Lei autorizado (arts. 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, da CRP), vise a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, for necessária, adequada e proporcional para o efeito a atingir, tiver carácter geral e abstracto, sem efeito retroactivo e não diminuir a extensão do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais — cf. Acs n.ºs 155/2007, de 2.3.2007 e 340/2013, de 17.6.2013, respectivamente.

Tomando por referência que os arguidos foram pronunciados pela Relação, revogando este Tribunal superior o despacho de não pronúncia da autoria da M.<sup>ma</sup> juiz de instrução, estando em causa a averiguação em sede de instrução da eventual responsabilidade criminal por crime de falsificação de documento, pela prática de crime de desobediência ante a recusa na prestação de autógrafos, é de primeira evidência destacar que essa recolha não equivale à confissão do delito, à sua auto-incriminação, à sua inculpação, ademais podendo, em caso de prestação, o arguido dissimular o seu modelo de escrita manual, impossibilitando ou tornando extremamente difícil o fim a que propunha, constituindo “*obstruction on justice*”, no direito americano.

A controvérsia, nas palavras textuais do Ex.<sup>mo</sup> Procurador Geral-Adjunto neste STJ, sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova — quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova —, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2, da CRP), o que **não** vai, dizemos, ao encontro de uma proibição absoluta da prestação de autógrafos.

X. Invocar a desnecessidade da recolha de autógrafos para exame da letra sob alegação de recurso a outros meios, como a apreensão de documentos manuscritos ou apreensão em buscas, é ceder à maior complexidade de investigação, nem sempre possível, sendo certo que é conducente a um resultado futuro incerto, não necessariamente incriminatório, não sendo compreensível que em caso de recolha de sangue se conclua pela não cooperação activa ou confissão do delito e já não suceda na prestação coactiva.

De resto o Prof. COSTA ANDRADE na zona de fronteira já apontada, *op. cit.*, 127, situa o caso de exames, revistas ou recolha de sangue, como de difícil configuração auto-incriminatória.

A omissão do legislador de 87 não significa que tenha excluído o exame ou a incursão em desobediência, em caso de recusa, mas apenas que se não tornou necessária essa regulamentação pormenorizada, deixando-se o funcionamento do tipo criminal à verificação pelo intérprete segundo as circunstâncias do caso concreto.

De certo que o arguido tem o direito à não auto-incriminação, mas como se escreveu no Ac. deste STJ, de 2.4.2008, Rec. n.º 08P578, em nada colide com o dever de procura da verdade material, e levado às últimas consequências aquele direito não mais seria possível a prova da sua responsabilidade criminal porque tudo, salvo o que já excepcionalmente adquiriu por disposição expressa da lei, afrontaria o seu estatuto endo-processual.

A recolha, já o dissemos, não envolve qualquer ofensa, qualquer atentado aos direitos de personalidade relacionados com a honra, seu bom nome e reputação, à sua integridade física e moral, com tutela nos arts. 25.º e 26.º, n.º 1, da CRP e é bem menos gravosa àqueles direitos do que, em alguns casos, a tolerância passiva, nunca consentida na sua pureza, por envolver, também, manifestação de actividade, sendo inteiramente proporcionada e adequada, considerando o seu fim de descoberta da verdade material, sendo necessária, a importância e a gravidade do ilícito, além de incluída na formulação genérica contida no art. 61.º, n.º 3, d), do CPP.

Isto mesmo que, apontando a hipótese de simulação da escrita manual, se possa hipotizar o insucesso, desconhecido à partida, da diligência para indagação da verdade, insucesso que pode, por



outras razões, macular outras diligências, sem que a desnecessidade seja factor logo dissuasor.

Um Estado de direito não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido.

Os exames grafológicos, envolvendo uma participação activa do arguido, sem a qual não é possível a sua efectivação, constituem um dever especial para aquele que emerge, com outros, da conjugação dos arts. 60.º e 61.º, n.º 3, d), do CPP, anota o Ex.º Cons. HENRIQUES GASPAR, no Código de Processo Penal, edição de 2014, Almedina, p. 217.

Com total pertinência, ainda a referência a um novo rumo por que a doutrina e a jurisprudência parecem querer enveredar, apelando para um clima de “*moral panic*” (COHEN) ou de estado de necessidade de investigação de que fala HASSEMER, assistindo-se a uma dramatização da violência, que “encosta a sociedade à parede”, levando a política criminal a abandonar a rigidez de princípios clássicos e a aceitar a sua relativização e funcionalização, nomeadamente no âmbito das proibições de prova que, em caso de criminalidade grave, postulam a consulta e exame dos diários privados e o encurtamento drástico do efeito à distância das proibições de valoração — cf. Prof. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, p. 68.

Os arts. 8.º, da CEUD, 12.º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e 17.º, do PIDCP, que, e citando-se o AC. da Rel. Lisboa, de 24.8.2007, P. n.º 6553/2007-05, apenas previnem as intromissões “arbitrárias e ilegais “contra a vida privada, família, domicílio, honra, consideração, etc., desvalor que se não pode assinar à dita recolha, não constituinte de meio de prova proibido, enquanto barreira oposta à descoberta da verdade material, limitando o poder estadual de perseguir criminalmente os prevaricadores, por razões de ordem ética e moral a que se deve sujeitar e dar exemplo.

Por isso que os recorrentes se não podiam eximir ao dever de sujeitar-se à recolha de autógrafos por força do preceituado no art. 172.º, n.º 1, do CPP, atribuindo à autoridade judiciária o poder de compelir — excluindo-se, evidentemente, o uso da força —, as pessoas a sujeição ao exame devido e sendo, nessa linha, advertidos pela autoridade judiciária, de que a recusa os faria incorrer em crime de desobediência, p. e p. pelo art. 348.º do CP, importa concluir pela legitimidade da ordem.

XI. E a concluir torna-se imperioso tecer algumas considerações que se prendem com a figura do M.º P.º a quem cabe a direcção, em exclusivo, do inquérito, afirmação solene do princípio do acusatório, direcção essa que é singular, sustentada pelo magistrado titular do inquérito, podendo o PGR determinar que outro magistrado o coadjuve — arts. 263.º do CPP e 68.º do EMMP. —, direcção conforme à delegação de poderes no órgão de polícia criminal, que pode ver revogado o elenco dos actos delegados.

O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem à sua decisão de acusação — art. 263.º, n.º 1, do CPP — nele podendo, no entanto, ter lugar, sob impulso do M. P., em qualquer fase, em relação a crimes de natureza particular ou semi-pública, contra pessoas ou o património, a denominada “mediação”, a coberto da Lei n.º 21/2007, de 12/6.

O crime de desobediência colhe tratamento no art. 348.º do CP, na sistemática penal dos crimes contra a autoridade pública, na redacção introduzida pelo Dec.-Lei n.º 48/95, de 15/3, e nele se protege a autonomia intencional do Estado, o poder-dever de ordenar, sem obstáculo, o cumprimento da ordem que, pelos seus agentes, emana, punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias; sendo qualificada, como tal prevista na lei a prisão ascende a 2 anos ou, em alternativa, 240 dias de multa.

A lei em obediência ao princípio da tipicidade não prescinde, de forma exigente, da enumeração clara e precisa dos seus elementos típicos, entre eles da cominação de crime de desobediência, porém tratando-se de desobediência simples — n.º 1, b), do

art. 348.º do CP, e não estando prevista essa cominação, a exigência legal vai mais longe na medida em que ao incumprimento do mandado ou ordem legítima proferida no exercício das funções, para obviar ao arbítrio, não abdica da correspondente cominação para a ordem ou mandado não observados, como forma de a autoridade se autolimitar e o visado não se auto-desculpabilizar por ininteligibilidade.

A ordem há-de possuir dignidade própria, um sentido particularmente desvalioso, o significado de incumprimento, como se alude no acórdão recorrido “de um dever legalmente relevante”, de acção ou omissão, comunicados regularmente, acompanhada das legais formalidades, não sendo, portanto, qualquer ordem e seu incumprimento que geram o crime, cabendo ao intérprete e aplicador da lei, ajuizar da complexidade em cada caso.

A finalizar, e a propósito da sua respectiva estrutura típica anota CRISTINA LÍBANO MONTEIRO que «só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade donde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou mandado desse tipo, torna-se indispensável (...) que lhe seja regularmente comunicado». E esclarece a mesma autora que a ordem da autoridade ou funcionário «deve caber dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere: naquele momento, naquela matéria e para aquele lugar» — cf. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, II, 351 e ss.

Do mesmo modo, a ordem de prestação de autógrafos, emanada do Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do M.P., no uso de um poder legal, de direcção do inquérito, não lhe estava vedada, era legítima pois se mostrava necessária e proporcionada ao fim em vista de apuramento de eventual responsabilidade por crime grave, como é o de falsificação, incorrendo os arguidos na prática de crime de desobediência, ao invés da solução acolhida no estudo supracitado citado no cap. VI.

Ao nível jurisprudencial além dos acórdãos recorrido e fundamento, acresce — ao que se apurou e só — no sentido do último, o supracitado Ac. deste STJ, de 1990 (Cap.VI).

XII. Nestes termos, e em conclusão, se decide neste Supremo Tribunal de Justiça:

1. Confirmar o acórdão recorrido, negando-se provimento ao recurso.

2. Fixar jurisprudência uniformizadora com o seguinte teor:

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Ex.<sup>mo</sup> Magistrado do M.P., em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo art. 348.º, n.º 1, b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária.”

3. Taxa de Justiça: 10 Uc.

4. Cumprimento do art. 444.º do CPP.

Lisboa, 28 de Maio de 2014.

*Armindo dos Santos Monteiro* (Relator) — *António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes* — *José Adriano Machado Souto de Moura* (Vencido nos termos dos votos das Exmas. Colegas Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *Eduardo Maia Figueira da Costa* — *António Pires Henriques da Graça* (Com declaração) — *Raul Eduardo do Vale Raposo Borges* — *Isabel Celeste Alves Pais Martins* (Vencida conforme declaração que junto) — *Manuel Joaquim Braz* (Vencido, aderindo às declarações de voto das Ex.<sup>mas</sup> Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *Isabel Francisca Repsina Aleluia São Marcos* (Vencida nos termos da declaração de voto da Exma. Conselheira Isabel Pais Martins) — *Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira* (Vencida de acordo com a declaração que junto) — *António Pereira Madeira* — *José Vaz dos Santos Carvalho* (Vencido nos termos das declarações das Conselheiras Isabel Pais Martins e Helena Moniz) — *António Artur Rodrigues da Costa* — *António Silva Henriques Gaspar* (Presidente) — (Tem voto de conformidade do Senhor Conselheiro Santos Cabral, que não assina por não estar presente).

### Declaração de voto

Concordo sem reservas, com o presente acórdão de uniformização, tendo ainda em conta o seguinte:

1. A sociedade pluralista e multifacetada da segunda década do século XXI, fundamentada em cidadania livre e responsável, na sua estrutura jurídico-politicamente organizada (a que vulgarmente se chama Estado), encontra-se determinada pelo equilíbrio entre o *direito à liberdade* e o *direito à segurança*, ambos delimitados pela dignidade da pessoa humana, em inserção comunitária de liberdade responsável.

Ainda que — e parafraseando o art. 2.º da Constituição Portuguesa de 23 de Setembro de 1822 — «a liberdade consiste em não serem obrigados [os cidadãos] a fazer o que a lei não manda nem a deixar de fazer o que a lei não proíbe», o exercício do direito à liberdade radicando na vontade do agente, não o torna arbitrário, sob pena de anular a axiologia de integração e convivência comunitárias, e, assim, não exclui, nem pode excluir, a obediência ao ordenamento jurídico.

Por isso, o mesmo art. 2.º da referida Constituição, normativamente acrescentava:

«A conservação desta liberdade depende da exacta observância das leis».

2. Hoje, a Constituição da República Portuguesa (CRP) vigente, conforme a Lei n.º 1/2005, de 12 de Agosto de 2005, (sétima revisão constitucional), considera a República Portuguesa também «baseada na dignidade da pessoa humana» constituindo um «Estado de Direito Democrático» também baseado «no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais» (v. arts. 1.º e 2.º da CRP).

A validade das leis [...] depende da sua conformidade com a Constituição — n.º 3 do art. 3.

Em termos de direitos, liberdades e garantias pessoais (capítulo I do título II, da parte I da CRP) são reconhecidos, entre outros, os direitos à identidade pessoal, à cidadania, à protecção

legal contra quaisquer formas de discriminação, à dignidade pessoal, e “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias» — art. 26.º.

O art. 27.º estabelece no n.º 1 que: «Todos têm direito à liberdade e à segurança».

Em termos de garantias de processo criminal, resulta do art. 32.º:

1. O processo criminal assegura todas as garantias e defesa, incluindo o recurso.

2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, [...]

3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

[...]

8. São nulas tidas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

3. Como já salientava FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Lições coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 20, nota 29: “Quando se pergunta pelas finalidades do processo penal [...] pretende-se obter um *critério de valor* (ou, se preferirmos, um *modelo axiológico*) adequado à interpretação teleológica das singulares normas e à solução dos concretos problemas jurídico-processuais”.

A realização da justiça pressupõe a descoberta da verdade material, embora com respeito pela protecção dos direitos fundamentais das pessoas.

Mas “o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis daí decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a protecção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça

penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material” (F. DIAS, *ibidem*, p. 23, nota 32).

A descoberta da verdade material legitima e exige o restabelecimento da paz jurídica que convoca de um lado a necessidade de decisão no mais curto prazo possível, atenta a presunção de inocência do arguido, e de outro lado, a segurança da comunidade na eficácia das normas protectoras dos bens jurídico-criminais.

Eventuais conflitos de finalidades processuais penais, hão-de resolver-se pela concordância prática do processo penal, em que o respeito e protecção da dignidade da pessoa humana é exigência inultrapassável de denominador comum estruturante do processo e da sua validade.

4. Todos os factos «juridicamente relevantes» para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis, constituem objecto de prova. — art. 124.º do CPP.

Mas, apenas são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei — e 125.º do CPP.

Não são admissíveis métodos proibidos de prova.

Os métodos proibidos de prova encontram-se descritos no art. 126.º do CPP, nos quais não consta a recolha de autógrafos.

“A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.” (F. DIAS, *ibidem*, p. 133).

Como se explicita no presente acórdão de uniformização de jurisprudência:

«VIII. Retrocedendo ao nosso direito processual penal, em que releva para a decisão o disposto no art. 61.º, n.º 3, *d*), do CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente”, o pragmatismo da norma está

em que o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meio de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido, que se quis ver reforçada como o novo CPP, enquanto “sismógrafo”, “espelho”, que o precedente Código não era, da realidade constitucional, sendo o direito processual penal “direito penal constitucional aplicado”, desenvolvendo as “normas da constituição processual penal”, nas palavras dos penalistas Profs. FIGUEIREDO DIAS e GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Para uma Reforma Global Processual Português, Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in *Ordem dos Advogados, Para uma Nova justiça Penal*, 1983, Almedina, 194 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 2000, Ed. Verbo, 29-30, respectivamente».

Um dos meios de prova é a *prova pericial*, prevista no capítulo VI do título II do Livro III do CPP, Um dos meios de obtenção de prova está nos *exames*, previstos no capítulo I, do título III, do Livro III, do CPP.

5. O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na dogmática legal portuguesa está contemplado a nível das declarações em audiência, de harmonia com o art. 343.º do CPP.

Não é transportável para *perícias* e *exames* o direito ao silêncio, que é como quem diz, não há um direito á recusa de colaboração com as autoridades, nomeadamente, as judiciárias, como se depreende, literal e teleologicamente dos arts. 154.º, n.º 1 (Despacho que ordena a perícia), e 172.º (Sujeição a exame) do CPP, art. 6.º da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, sobre o regime jurídico das perícias médico-legais e forenses, bem como do art. 417.º do Código de Processo Civil, que impõe o dever de cooperação para a descoberta da verdade.

Refere-se no Parecer n.º 62/2006, de 16-4-2007, do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, a propósito de recolha de impressões digitais:



“3. Nas relações consigo próprio e com os outros, cada homem é um ser em si e só igual a si mesmo. Na verdade, «apesar de todas as modificações do seu ciclo vital e da autonomia na assunção das suas finalidades, ele é portador de uma unidade diferenciada, original e irrepetível, oponível externamente, na qual se aglutinam, se complementam e se projectam, identificando-se, todos os seus múltiplos elementos e expressões».

Essa unidade, constituída pelo conjunto dos elementos que permitem diferenciar uma pessoa dos seus semelhantes, constitui a respectiva identidade.

A multiplicidade e a diversidade das pessoas impõem a necessidade da individualização e da identificação de cada uma delas. Pela individualização, selecciona-se e fixa-se, de forma estável e acessível, um determinado número de caracteres da pessoa que permitem distingui-la das demais, a fim de possibilitar, a cada momento, o apuramento da sua identidade. Através da identificação, apura-se qual o indivíduo que, em concreto, corresponde aos caracteres determinados pela individualização.»

E, como esclarece ARTUR PEREIRA, *As Perícias na Polícia Judiciária, Polícia Judiciária, Directoria do Porto*, [PDF] publicação — Departamento de Biologia <[www3.bio.ua.pt/.../As%20Pericias%20na%20Polícia%20Judiciaria%20ArturPereira.p...](http://www3.bio.ua.pt/.../As%20Pericias%20na%20Polícia%20Judiciaria%20ArturPereira.p...)> que, pontualmente, vale a pena transcrever:

“As perícias de escrita manual assentam na análise comparativa de diversas características, quer gerais, quer específicas da escrita, procurando determinar a sua autoria, autenticidade e escrita a partir de vincos.

[...]

O autor de qualquer escrita pode ser identificado, desde que estejam providenciados “os hábitos de escrita, as individualidades, as características do seu autor, em quantidade e em qualidade...” (CONWAY, 1978, p. 31).

A escrita em questão será analisada e posteriormente comparada com exemplares adequados de escrita do seu autor, também denominados de autógrafos. Nenhuma escrita é susceptível de ser identificada se não for verdadeiramente

representativa da sua origem. De igual modo, não poderá ser determinado o seu autor, se as suas individualidades permanecerem desconhecidas.

[...]

No contexto das perícias de escrita, para que seja identificado o autor de uma escrita, inicialmente anónima ou com autoria desconhecida, tem de se efectuar a sua comparação com escritas conhecidas e cujo autor esteja já identificado. Deste modo, para analisar uma escrita é indispensável que esta seja submetida a um processo de confronto, para que sejam observadas todas as características gerais e individuais, presentes na escrita questionada e nos autógrafos.

[...]

A comparação forense de escrita insere-se no âmbito das ciências empíricas. Parte do pressuposto, que a caligrafia, no seu todo, tal como a impressão digital, é uma representação individual do ser humano. Com base na singularidade da escrita é possível identificar o seu autor.

Na prática este tipo de perícias serve um interesse, maioritariamente, de ordem criminal, ou seja, se determinada escrita, por exemplo uma assinatura, é autêntica ou falsa; ou então, de que indivíduo provém determinada escrita ou carta de ameaça, ou ainda uma falsificação de uma assinatura num cheque ou num testamento. Em resumo, ao submeter-se uma escrita a um exame pericial de escrita pretende-se averiguar a sua autenticidade ou por outro lado, determinar a sua autoria. Tal é conseguido através de uma análise comparativa, suportada pelas metodologias laboratoriais apropriadas, na qual se confronta a escrita questionada com os autógrafos.

[...]

A assinatura manuscrita ainda é dos métodos de identificação mais seguros. No futuro espera-se que a assinatura obtida e verificada a quatro dimensões (extensão, altura, pressão e velocidade) seja reconhecida enquanto característica biométrica como o são, por exemplo a íris ou a impressão digital. Não é possível imitar a dinâmica da pressão, as variações das formas e dos movimentos da escrita de outra

pessoa e em simultâneo utilizar a mesma velocidade. Mais significativo ainda, é o facto de a assinatura ser algo a que estamos habituados, temos sempre connosco, não a damos involuntariamente, e ninguém a pode falsificar nas suas quatro dimensões.

O elevado valor identificativo da assinatura continua incontestável».

6. Da mesma forma que não pode efectuar-se uma análise ao sangue, sem previamente haver lugar à sua recolha, para essa análise, não pode efectuar-se perícia sobre escrita ou assinatura, manuais, sem recolha prévia de autógrafos da pessoa investigada.

A recolha de autógrafos para efeitos de investigação criminal, é um acto preparatório *sine qua non* da realização de perícia e não importa violação do direito à identidade, ou de qualquer outro direito fundamental, antes é manifestação deste direito à identidade pessoal, e também não integra violação da dignidade da pessoa, antes manifesta modo de expressão social, através da escrita, do seu Ser e por isso o seu conhecimento não é proibido, porque não viola qualquer *direito ao segredo de ser*, ou violação de *direito ao sigilo*.

A recolha de autógrafos, assenta no *princípio da necessidade*, com tutela legal, para a descoberta da verdade material, não se apresenta como meio desproporcional, nem viola o *princípio da proibição de excesso*; outrossim, é meio de obtenção de prova legalmente válido, porque não proibido, nem ofende a dignidade, nem a integridade, de quem é obrigado a colaborar, que pode ter sempre a assistência de defensor no acto da diligência.

A presença do arguido na produção de prova ou em meio de obtenção de prova, não significa *de per se* qualquer auto incriminação, mas colaboração para a descoberta da verdade material, pois que somente após produção e valoração conjugada de todas as provas é possível formular um juízo indiciário sobre o feito, Entendimento contrário, salvo o devido respeito, poderá desvirtuar o processo penal, frustrar a sua finalidade, desprezar a verdade material, e violar o direito á segurança institucional na condução de um processo justo, quando a recolha de prova dependesse da necessária

intervenção do arguido, e este, por sua vontade a negasse, contri-  
buindo ditatorialmente por tal forma para a obstrução da justiça. —  
*António Pires Henriques da Graça.*

### **Declaração de voto**

Discordo da jurisprudência fixada por entender que, num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo Ministério Público ao arguido no sentido de este produzir autógrafos, com vista à realização de exame pericial à escrita dele, com a cominação de, não o fazendo, incorrer na prática de um crime de desobediência da alínea *b*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal.

Em breve súmula, pela seguinte ordem de razões:

A recolha de autógrafos do arguido é uma diligência proces-  
sual prévia à realização de um exame pericial de escrita manual do  
arguido, as mais das vezes nem sequer necessária ou indispensável  
à finalidade a que se destina, pois o Ministério Público disporá ou  
terá a possibilidade de dispor, para o efeito, de textos anterior-  
mente manuscritos pelo arguido.

Diversamente do que sucedia no Código de Processo Penal  
de 1929 (art. 195.º), não há hoje em dia qualquer disposição legal  
— no Código de Processo Penal ou em legislação avulsa — que  
expressamente obrigue o arguido a sujeitar-se a esta específica dili-  
gência e que preveja a consequência de uma eventual recusa.

A obtenção de um texto manuscrito pelo arguido, na sequên-  
cia de ordem que lhe seja dada para o escrever, configura a colabo-  
ração activa do arguido na elaboração de um documento.

Documento esse que se destina à realização de um exame peric-  
ial que pode vir a ser usado como meio de prova contra o arguido.

Por isso, a imposição ao arguido de, contra sua vontade,  
produzir autógrafos colide com o seu direito à não auto-incrimi-  
nação.

Daí que conclua pela ilegitimidade da ordem do Ministério Público de impor ao arguido que, contra sua vontade, produza autógrafos.

Ademais, os autógrafos obtidos, nessas circunstâncias, não constituirão exemplares verdadeiramente “autênticos” da escrita manual do arguido, justamente, por serem produzidos numa situação em que o arguido é “forçado” a colaborar com o Ministério Público para se eximir ao procedimento criminal por crime de desobediência.

\*\*\*

No tema, para mais amplos desenvolvimentos, remeto especialmente para o Estudo «Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)» da autoria do Ex.<sup>mo</sup> Desembargador CRUZ BUCHO, disponível no sítio da internet do Tribunal da Relação de Guimarães. — *Isabel Pais Martins*.

\*\*\*

Voto vencida por entender que à luz da legislação atual, nomeadamente da Constituição da República Portuguesa e do Código de Processo Penal, não é possível entender como legítima a ordem dada, pelo Ministério Público, ao arguido, para que participe na diligência de prova de recolha de autógrafos, e, consequentemente, por considerar que o não cumprimento daquela ordem não integra o crime de desobediência, previsto e punido nos termos do art. 348.º, n.º 1, al. b), do Código Penal, porquanto:

a) O processo penal português de estrutura acusatória (integrado por um princípio de investigação), como decorre do disposto no art. 32.º, n.º 5, da CRP, é um processo que tem como finalidades a realização da justiça e a descoberta da verdade material, mas também a proteção dos direitos fundamentais das pessoas perante o Estado, e o restabelecimento da paz jurídica; a prossecução destas finalidades deve obedecer a uma concordância prática entre as finalidades em conflito, mas “situações há, no entanto, em que se

torna necessário eleger uma só das finalidades, por nelas estar em causa a intocável dignidade da pessoa humana. (...) Por isso, quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa — em regra do arguido, mas também de outra pessoa —, nenhuma transação é possível, havendo pois que dar prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional” [FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra, 1988-9 (ed. policopiada), pp. 25-26].

b) Embora o arguido, enquanto sujeito processual, deva sujeitar-se à realização de exames, estes devem respeitar os direitos fundamentais, e porque estamos no domínio dos direitos, liberdades e garantias, ainda que o Ministério Público seja o titular da fase de inquérito, ainda assim tais atos devem ser ordenados ou autorizados pelo juiz de instrução (cf., por exemplo, arts. 269.º e 172.º, n.º 2, do CPP).

c) O princípio da não-auto-incriminação, enquanto decorrência da tutela da dignidade humana do arguido, da liberdade de ação e da presunção de inocência e “critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório” (COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, pp. 122 e 125), não sendo um princípio absoluto, “encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo” (Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/95), permitirá uma sujeição do arguido à recolha de elementos de prova, embora esta restrição deva estar expressamente prevista na lei e cumprindo os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação; assim sendo, ainda que se considere a medida idónea esta deve ser necessária, ou seja, “perante medidas que oferecem idêntica idoneidade, deve escolher-se a que ofereça o menor potencial de prejuízo para o visado, mesmo que exija mais tempo para a sua realização” (MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das liberdades — desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Alme-

dina, 2011, p. 256) obrigando a utilizar outros meios de obtenção de meios de prova, nomeadamente, buscas e/ou apreensões para obtenção de documentos, quando se mostrem possíveis ainda que demorados.

d) Diversas concretizações do princípio da não auto-incriminação encontram-se asseguradas no CPP português, nomeadamente o direito ao silêncio, ou o regime limitativo de sujeição a exames físicos ou psíquicos dependente da avaliação do juiz de instrução que deve ponderar a necessidade da sua realização (cf. art. 154.º, n.º 3, do CPP), assim exercendo a sua função de «juiz das liberdades», “função de controlo e garantia dos direitos das pessoas” e assegurando a jurisdicionalização de todas as medidas que diretamente contendam com as liberdades e garantias fundamentais (assim, FIGUEIREDO DIAS, em *A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais*, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa: Livros Horizonte, 1981, pp. 92 e 88).

e) O CPP atualmente em vigor desde 1987 (e com as alterações entretanto introduzidas) consagrou expressamente o direito ao silêncio do arguido, mas não consagrou expressamente a possibilidade de recolhas de amostras manuscritas do arguido, contrariamente ao que sucedia no CPP de 1929, onde se estabelecia que não sendo possível a obtenção de documentos que permitissem conhecer (e comparar) a caligrafia do arguido, então o juiz, quando fosse necessário, poderia sujeitar o arguido àquela diligência, não sem que, expressamente, LUÍS OSÓRIO (*Comentário ao Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 1932, 3.º vol., p. 207: “não parece estar em harmonia”), mostrasse alguma estranheza entre o facto de se consagrar o direito ao silêncio e, todavia, permitir esta recolha de autógrafos.

f) Uma restrição ao princípio da não-auto-incriminação, respeitadora do princípio da necessidade, adequação e proporcionalidade, será admissível, porém desde que consagrada em lei formal.

g) A submissão do arguido a diligências de prova, nos termos do art. 61.º, n.º 3, al. d), do CPP, apenas se impõe quando estejam “especificadas na lei”, sem o que não pode aquela restrição às

garantias do arguido ser-lhe imposta quando o arguido é utilizado como meio de prova contra si próprio, com clara violação da sua integridade moral (cf. art. 32.º, n.º 8, da CRP) (em sentido idêntico, COSTA ANDRADE, *ob. cit. supra*, p. 126).

*h)* A sujeição do arguido a recolha de autógrafos, contra a sua vontade, enquanto limitação ao princípio da não-autoincriminação, e fazendo a concordância prática entre os interesses em conflito, só deverá ser possível após consagração legal expressa, com cumprimento dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, o mesmo é dizer, quando outras diligências de prova não possam ocorrer para conseguir o mesmo propósito ou seja, quando não haja possibilidade de obter documentos que permitam fazer a necessária peritagem para averiguar da existência (ou não) de um documento falsificado.

*i)* Considerando-se que aquela limitação não está legalmente prevista, não podemos entender que possa ser ordenada pelo Ministério Público, com cominação do crime de desobediência.

Supremo Tribunal de Justiça, 28 de maio de 2014. — *Helena Moniz*.